

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 LUZ HELENA RUBIANO BAUTISTA EN REPRESENTACIÓN DE SU NIETO MENOR DE EDAD SANTIAGO MATHÍAS PALACIOS HERRERA CONTRA POLITÉCNICO INTERNACIONAL INSTITUCIÓN DE EDUCACIÓN SUPERIOR. Rad. 2017 00754 01 Juz 35.

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

SEBASTIÁN PALACIOS RODRÍGUEZ instauró la presente demanda en representación de su menor hijo SANTIAGO MATHÍAS PALACIOS HERRERA, sin embargo, mediante sentencia proferida por el Juzgado 31 de familia de Bogotá se modificó dicha situación donde se estableció que la guardadora y representante legal del menor es su abuela materna, LUZ HELENA RUBIANO BAUTISTA, quien actúa en las presentes diligencias, con las que se pretende las siguientes declaraciones y condenas: (fls 22 a 24).

- Se declare que Karen Andrea Herrera Rubiano, estudiante en la institución demandada, estuvo sometida a riesgo ocupacional permanente en ejercicio de su preparación académica.
- Se declare que Karen Andrea Herrera Rubiano falleció el 13 de diciembre de 2015 adelantando una práctica-actividad de su carrera de gastronomía.
- Se declare que Karen Andrea Herrera Rubiano no fue afiliada al sistema general de seguridad social en riesgos laborales por la demandada.
- Se reconozca y pague una pensión de sobrevivientes por riesgo laboral a favor del menor SANTIAGO MATHÍAS PALACIOS HERRERA.
- Retroactivo pensional.
- Intereses por la mora injustificada en el pago de las mesadas pensionales.

- Reajustes anuales para la pensión de salario mínimo.
- Uso de facultades Ultra y Extra petita.
- Costas del proceso.

Como pretensiones subsidiarias solicitó:

- Traslado de los valores correspondiente al financiamiento del pago de la pensión de sobrevivientes a un Fondo de pensiones por parte de la demandada.

Los hechos de la demanda se describen a folios. 6 a 22. Karen Andrea Herrera Rubiano nació el 2 de julio de 1992, tuvo un hijo llamado Santiago Mathías Palacios que nació el 31 de agosto de 2012, y era esta quien velaba por la manutención del menor. En el mes de julio de 2014 Karen Herrera Rubiano inició el programa de estudios de Gastronomía en el Politécnico Internacional Institución de Educación Superior, el cual tenía una duración de 8 trimestres, en dicho curso debía manejar todos los elementos y utensilios de cocina y estos le generaban un riesgo ocupacional, a pesar de ello no fue afiliada por la demandada al Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Laborales. Para los días 12 y 13 de diciembre de 2015 la Institución educativa programó una salida académica para sus estudiantes de sexto y séptimo trimestre, se pagó una POLIZA DE SEGURO PAIPA – VILLA DE LEYVA POLITÉCNICO INTERNACIONAL, que contrató la Institución con COLASISTENCIA. Además, la demandada con motivo de la salida académica contrató el transporte para sus estudiantes con la empresa Confortrans Ltda. En desarrollo de dicha salida el 13 de diciembre de 2015, el vehículo que trasladaba a los estudiantes presentó fallas mecánicas reiteradas por lo que los alumnos solicitaron a los maestros que se cancelara el viaje, a lo que se les contestó que iban a continuar pues de no seguir perderían la materia u obtendrían matrícula condicional, en esa fecha en la vía Ubaté – Bogotá DC, sufrieron un accidente automovilístico en el que fallecieron 5 estudiantes, entre ellos Karen Herrera Rubiano, a quien se le otorgó el Título póstumo de Técnico Profesional en Gastronomía.

La parte actora considera que hubo un trato discriminatorio con la causante, quien no fue afiliada al sistema de riesgos laborales por parte del Politécnico Internacional, pues hubo compañeros en la salida académica que sí contaban con ella, según las certificaciones expedidas por la ARL SURA. Luz Rubiano Bautista petitionó a la ARL SURA información respecto de la afiliación de la causante para poder trámite la

pensión de sobrevivientes a favor de Santiago Mathías Palacios, no obstante, para ese momento no contaba con ningún tipo de aseguramiento.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 253) y corrido el traslado, la accionada Politécnico Internacional Institución de Educación Superior contestó en los términos del escrito visible a folios 261 a 292.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la causante, fecha en que esta inició a estudiar en el Politécnico Internacional, el programa académico, su duración, la falta de afiliación al sistema general de seguridad social de riesgos laborales, la fecha de la salida académica, la póliza de seguro contratada con Colasistencia para esta salida, el transporte suministrado por Confortrans Ltda., la asistencia de los docentes en la actividad, el cronograma de la salida, el accidente de tránsito, la muerte de Karen Herrera Rubiano, el grado póstumo, y la afiliación a la ARL de otros estudiantes.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación del Politécnico Internacional de haber afiliado a Karen Andrea Herrera Rubiano al sistema general de riesgos laborales, inexistencia de vulneración al derecho de igualdad de Karen Andrea Herrera Rubiano, cumplimiento del deber de diligencia y cuidado del Politécnico Internacional, inexistencia de responsabilidad en el accidente de tránsito que causó el fallecimiento a la estudiante Karen Andrea Herrera Rubiano y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juez puso fin a la primera instancia mediante sentencia del 10 de diciembre de 2019, en la que declaró que la causante estuvo expuesta por la demandada a riesgo ocupacional, como quiera que ésta no fue afiliada al sistema general de riesgos laborales, y condenó a la Institución educativa al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del menor Santiago Mathías Palacios desde el 13 de diciembre de 2015, por 13 mesadas anuales con sus respectivos reajustes, hasta que él cumpla su mayoría de edad o, hasta los 25 años si acredita

imposibilidad económica por sus estudios, calculó el retroactivo pensional en la suma de \$38.183.789,67 el que está comprendido desde el 13 de diciembre de 2015 al 30 de noviembre de 2019, debidamente indexado, precisó que la mesada para el año 2019 es de \$826.116 y condenó en costas por la suma de \$2.000.000.

Llegó a esa determinación al tener en cuenta las normas que regulan el tema, el pensum académico que desarrollaba la causante, los peritajes aportados por las dos partes, la clasificación de riesgos por materia en las que hizo un comparativo entre las clases de coctelería, barismo y enología 1, y las diferentes declaraciones rendidas, para concluir que la asignatura de enología que cursaba Karen Herrera Rubiano al tener contacto con vidrios y elementos corto punzantes generaba una alta probabilidad de ocurrencia de siniestro por la exposición constante a diferentes heridas en virtud del contacto con las botellas y copas, por eso concluyó que cuando Karen Herrera tomo la clase de enología 1 estuvo sometida a riesgo ocupacional, el que conforme al Dto. 055 de 2015 debía estar asegurada, decisión que se apoyó igualmente en el análisis del manual que aportó la ARL sobre los riesgos a los que estaban expuestos a cada una de las áreas académicas.

En cuanto a la salida académica en desarrollo de la clase enología 1, como requisito para culminar el sexto trimestre de gastronomía y en la que aconteció el fallecimiento de Karen Andrea Rubiano el 13 de diciembre de 2015, precisó que la misma se dio en virtud de una actividad programada por la Institución para dar cumplimiento al pensum académico de enología, la cual traía consigo un riesgo ocupacional para quienes cursaran la materia, por lo que cualquier acontecimiento que sucediera en el marco de la misma debería ser cubierto por la ARL, independientemente de que dicha salida de campo fuera obligatoria o no, por ende, al estar acreditada la omisión de la afiliación al riesgo laboral, el juez impuso a la demandada la obligación de responder por las contingencias derivadas del siniestro, que se traducen en el pago de la prestación económica peticionada, esto es la pensión de sobrevivientes, la que analizó conforme lo previsto en el art. 14 del Dto. 055 de 2015, compilado en el Dto. 1072 de 2015, en lo que refiere a las prestaciones económica y asistenciales del SRL a los que tienen derecho los estudiantes, igualmente tuvo en cuenta lo dispuesto en Dto. 1295 de 1994, Ley 766 de 2002 y Ley 1562 de 2012, citó el art. 11 de la Ley 766 de 2002, para precisar cuando nace el derecho a la pensión de sobrevivientes, que para el caso, le asiste derecho al hijo menor de la causante, y como la fecha del fallecimiento data del 13 de diciembre de 2015, procedió al reconocimiento de la

prestación desde ese momento. Y absolvió de las demás pretensiones por no encontrarlas procedentes.

Recurso de apelación

El demandante solicitó se revoque de manera parcial la decisión dictada en lo relacionado a los intereses moratorios ya que se probó haber realizado reclamación oportuna por parte de la señora Luz Helena sobre la situación de la afiliación a riesgos laborales de la causante y el motivo de esta omisión, lo que evidencia que la entidad era conocedora de las solicitudes con mira al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y aun así las peticiones fueron absueltas de manera negativa, con el argumento de que a la demandada que no les correspondía hacer la afiliación de Karen Herrera Rubiano, ni reconocer ninguna prestación en cabeza de ésta.

La demandada pidió que se revoque el fallo debido a que la sentencia se basó en lo manifestado por los testigos del demandante, y a pesar de que fueron congruentes sus explicaciones, el a quo fue inducido en error ya que la causante no cocinaba en la clase en la que se generó el accidente, pues allí solo se hablaba de vinos y es ese precisamente el enfoque de la materia enología, por ende no es cierto que la estudiante tuviera que cocinar o manejar cuchillos. Adujo que se dio por demostrado sin estarlo, que el Politécnico Internacional tuviera la obligación de afiliarse a la estudiante fallecida al sistema de riesgos laborales, precisa que en el asunto el juez debió analizar la normatividad frente al deber de afiliación al sistema general de riesgos y aplicar los supuestos al caso. Insiste en que para el momento del accidente Karen Herrera no desarrollaba ningún trabajo o fuente de ingreso a favor de la Institución, ella no estaba adelantando ningún requisito para culminar sus estudios o alguna práctica empresarial, por lo que no hay lugar a dar aplicación Decreto 055 de 2015. Pidió se reconsideraran todos los testimonios recaudados, en especial el de los maestros, y se valoren de manera conjunta ya que solo se tomó en cuenta lo explicado por los estudiantes. Indica que el juez analizó erróneamente las materias de barismo, coctelería y enología de cara con los distintos riesgos e ignoró que los estudiantes no son trabajadores ni cuentan con un contrato de trabajo con la entidad de educación superior. Insiste en que el peritaje aportado está acorde con la clase a la que asistía la causante, donde no se utilizaban utensilios peligrosos y que el peritaje aportado por el demandante no tiene fundamento en la realidad.

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

Parte demandante: Pide se revoque parcialmente el fallo dictado en lo concerniente a la negativa de los intereses moratorios con fundamento a que se probó en el proceso haber realizado las peticiones necesarias para el reconocimiento de la prestación, a la que se recibió una respuesta negativa por la entidad ante la afiliación a la ARL. Afirma que la causante estuvo expuesta constantemente a un riesgo ocupacional por las actividades que desarrollaban y los utensilios que utilizaban, precisa que enología, barismo y coctelería son materias similares y las dos últimas exigen afiliación a la ARL, la materia de enología práctica, la salida académica realizada en la que ocurrió el infortunio se realizó en cumplimiento a la malla curricular, por lo que debía estar amparada por el sistema de riesgos laborales.

Parte demandada: Solicita se revoque la sentencia proferida ya que el Politécnico no tenía la obligación de afiliar a la causante al sistema de riesgos laborales, en la medida en que ella no ejecutaba trabajos que representaran fuente de ingresos para la Institución, tampoco estaba adelantando las prácticas, situaciones éstas en las que resulta obligatorio afiliar al estudiante a la ARL. Insiste en una indebida interpretación del Decreto 055 de 2015, las actividades desarrolladas por la estudiante no se pueden catalogar como de carácter ocupacional.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*". En ese orden, los puntos a analizar consisten en determinar si la estudiante KAREN HERRERA al cursar el programa académico de gastronomía, tenía que estar afiliada a la ARL, dada la exposición a factores de riesgo en las actividades académicas necesarias para conseguir su título de técnico profesional en gastronomía, y en caso afirmativo establecer si la demandada debe responder por la pensión de sobrevivientes que reclama su menor hijo y si están llamados a prosperar los intereses moratorios sobre la prestación reconocida por el A quo.

En el proceso no se controvierte que el demandante SANTIAGO MATHÍAS PALACIOS HERRERA es hijo de la causante, quien cursaba un programa de educación media técnica al momento del infortunio, tampoco se discute la ocurrencia del accidente automovilístico que generó el deceso de KAREN HERRERA, el cual se causó en virtud de una salida que programó la demandada en la clase de enología I y II, el que conforme el programa de trabajo de la guía de salida académica (fl. 61), pretendía hacer una visita a la región de Boyacá (destinos vinícolas) para el desarrollo de las competencias en el campo profesional.

Para iniciar el estudio, se precisa que son obligados a afiliarse al sistema de seguridad social en riesgos laborales, conforme el art. 2 numeral 4 de la Ley 1562 de 2012, *"4. Los estudiantes de todos los niveles académicos de instituciones educativas públicas o privadas que deban ejecutar trabajos que signifiquen fuente de ingreso para la respectiva institución o cuyo entrenamiento o actividad formativa es requisito para la culminación de sus estudios, e involucra un riesgo ocupacional, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida dentro del año siguiente a la publicación de la presente ley por parte de los Ministerio de Salud y Protección Social."* Posteriormente, el Decreto 055 de 2015, por el cual se reglamenta la afiliación de los estudiantes al Sistema General de Riesgos Laborales, indico en el artículo 2 cuál es su ámbito de aplicación, y precisó su procedencia en las siguientes situaciones:

*"1. Que deban **ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso** para la institución donde realizan sus estudios e involucren un **riesgo ocupacional**.*

*2. Que deban **realizar prácticas o actividades como requisito para culminar sus estudios u obtener un título o certificado de técnico laboral** por competencias que los acreditará para el desempeño laboral en uno de los sectores de la producción y de los servicios, que involucren un riesgo ocupacional."*

Este factor de riesgo está definido en la Resolución 2646 de 2008, en su artículo 3 literal c), el cual lo conceptualiza como: *"Factor de riesgo: Posible **causa o condición** que puede ser responsable de la enfermedad, lesión o daño."*

Establecido lo anterior se procede a relacionar el material probatorio a efectos de resolver los recursos interpuestos.

Entre las documentales aportadas, se cuenta con: registro civil de nacimiento del menor SANTIAGO MATHÍAS PALACIOS HERRERA (fl. 54) y registro civil de defunción

de KAREN HERRERA RUBIANO (fl. 55). Certificación de estudio de KAREN HERRERA expedida por el Politécnico Internacional (fl. 60), guía de la salida académica (fls. 61 a 64), donde se precisa como programa de trabajo, la realización de una visita académica a la región de Boyacá para desarrollar diferentes recorridos guiados, que buscaban fortalecer y afianzar los conocimientos impartidos por los docentes, el objetivo de esta visita era que el estudiante experimentara a través de recorridos demostrativos todos los factores que inciden en el cultivo de la uva, desde el suelo, clima, métodos de recolección y proceso de elaboración (maceración, añejamiento y embotellado), y la justificación de ésta salida de campo se fundamentó *“debido al carácter **explícitamente de observación**, las salidas de campo constituyen parte integral de la formación y una herramienta indispensable para el desarrollo de competencias de los estudiantes en el campo profesional, desarrollando su capacidad crítica y evaluativa en el día a día en un establecimiento gastronómico, así como también ayuda a generar asociaciones mentales para asimilar mucho más fácil el conocimiento recibido, la práctica realizada en los talleres de la clase, desarrolladas durante el ciclo”*.

Igualmente se cuenta con copia de las materias cursadas por Karen Herrera Rubiano (fls. 83 a 88), título de Técnico Profesional en Gastronomía otorgado a Karen Herrera (fl. 92), derechos de petición elevados ante la demandada y la RL SURA, junto con sus respuestas de las que se coligue que la causante no estaba afiliada a ARL (fl. 93, 94 a 98). Respuesta emitida por Colasistencia con relación a la póliza de asegurabilidad del viaje del 12 al 13 de diciembre de 2015 (fls 144 a 149), informe de inspección a cadáver (fls. 150 a 152), detalle del accidente expedido por el Ministerio del Transporte (fls. 153 a 160), material fotográfico de la causante en sus actividades de cocina (fl. 193, 195 a 203), testimonios escritos de María Paula Martínez (fls. 204 a 213), Alejandro Hernández Carreño (fls. 214 a 223), Jonathan Duván Beltrán (fls. 224 a 232), Cristian Nicolás Avella (fls. 233 a 242) relacionados con las actividades que se realizaban en la clase de gastronomía. En los folios 294 a 297 y 639 a 642, se allegó conceptos rendidos por el Ministerio de Educación (del 29 de septiembre de 2015 y el 14 de diciembre de 2016) sobre el margen de aplicación del Decreto 055 de 2015, allí se precisó el alcance de los términos: concepto de práctica, actividades prácticas en desarrollo de asignaturas con denominación diferente a la práctica y práctica vinculada a una actividad laboral. En lo que interesa al asunto, en las actividades prácticas en desarrollo de asignaturas con denominación diferente a la “práctica” se precisó que:

*“Los estudiantes pueden desarrollar asignaturas con otra denominación a la práctica (distinta a práctica profesional, práctica laboral, práctica empresarial, práctica – como requisito de grado) que sean teórico prácticas o prácticas en la IES o que incorporan actividades en laboratorios o talleres de la IES, **salidas de campo**, trabajo externo de voluntariado o de proyección social, **por cuanto se trata de un trabajo académico de formación** y no de tipo productivo como parte del plan de estudios y cuya ejecución no genera, como tal, una fuente de ingreso para la Institución.*

En este caso, el beneficiario único es el estudiante en su proceso de aprendizaje y entrenamiento.

En conclusión, las asignaturas teórico – prácticas o que incluyan componentes prácticos no pueden ser catalogadas como “práctica laboral”.

Tampoco pueden incluirse como prácticas las monitorias académicas, la vinculación a semilleros de investigación o la incorporación de estudiantes proyectos de investigación, como auxiliares de investigación o similares, que no generan remuneración, pero sí incentivos o estímulos académicos o becas a los beneficiarios.

Estas actividades no se pueden catalogar como productivas por cuanto son académicas o hacen parte del sistema de incentivos o estímulos de los programas de promoción social, como dimensión del bienestar universitario.” (negrita y subrayado fuera de texto)

Ahora, del plan de estudios determinado para el programa académico de gastronomía especial aprobado por el Ministerio de Educación (fls 178 a 180) que adelantaba la causante, se tiene que entre el cuarto al séptimo trimestre los estudiantes deben cursar un área de desempeño denominada BAR, integrada por las materias: barismo, coctelería, servicio en bar y enología I y II, y las materias que integran el sexto trimestre son: enología 1, etiqueta y protocolo, organización de eventos, ingles 1 y proyecto 3.

En cuanto a la materia que estaba cursando HERRERA RUBIANO para el momento del siniestro, se aportó syllabus de enología I (folios 322 a 327) donde se establece que *“el estudiante realiza el servicio y cata del vino teniendo en cuenta las normas de etiqueta y protocolo y los conceptos básicos de La vitivinicultura, para realizar el servicio del vino al comensal”*. Los medios educativos a utilizar consisten en: cristalería adecuada, copa de vino tinto, copa vino blanco, copa jerez, copa flauta, decantador, base para hielera, hieleras, mantelería y cubertería. En la metodología se determinó que se debían desarrollar talleres teórico prácticos donde el estudiante tuviera la oportunidad de entrenarse en la cata y servicio de vinos, adquiriendo habilidades para suplir las necesidades del servicio que plantee el comensal, y fueron determinados tres criterios de evaluación, esto es viticultura, servicio y cata;

también se aportó auditoria académica, en la que se determinó (fl 603) cuales materias implican un riesgo ocupacional en el programa de gastronomía (cocina fría y caliente, manipulación de alimentos, técnicas de servicio, cocina nacional e internacional, servicio a la mesa, coctelería, repostería 1 y 2, pasantías, técnicas de cocina 1 y 2, técnicas de cocina internacional, panadería, pastelería, barismo, repostería, profundización y práctica empresarial) sin que en esa lista se haya contemplado la clase de enología, materia que presenta similitudes con coctelería y barismo en lo que respecta a la manipulación de cristalería, claramente necesaria para la cata de vinos.

De otra parte, se aportó diagnóstico técnico de riesgos – caso KAREN ANDREA RUBIANO (elaborado por Ana Karina Noguera Socarras - profesional en salud ocupacional - fls. 781 a 838 y su complementación fls. 1182 a 1186), en el que concluyó que los estudiantes de la carrera de gastronomía están expuestos a un riesgo por usar objetos cortopunzantes, de atrapamiento, manipulación de implementos de vidrio, trabajo en ambientes con altas temperaturas, posible intoxicación por ingesta de licor durante las catas, realización de actividades con posturas forzadas, movimientos repetitivos o manipulación de cargas. Y en lo que respecta al accidente que causó la muerte de KAREN ANDREA RUBIANO, informó que de acuerdo con la norma técnica GTC_45¹, el desplazamiento por las vías intermunicipales en los vehículos proporcionados por la demandada generó riesgos ocupacionales que no fue calificada ni reportada a la ARL, también hizo una evaluación de los sitios donde asistieron los estudiantes tales como fincas, hoteles y las instalaciones de los viñedos donde idéntico en todos distintos factores de peligro. En este diagnóstico, se concluyó que:

*“5. (...) **si existe similitud** entre las asignaturas de Enología I y Coctelería, desde las competencias, la descripción del curso, la metodología, los materiales de estudio y la fase de evaluaciones, por lo cual no tiene una razón lógica, el hecho de excluir de la afiliación al Sistema General de Riesgos Profesionales a algunos estudiantes que las practican, pues la potencialidad de los riesgos inherentes a las actividades académicas y prácticas son de elemental identificación y requieren de especial cuidado y control, pues las consecuencias de esta exposición van desde una leve herida hasta la muerte”.*

9. Los principales agentes de riesgos presentes durante la visita académica son caídas a nivel y desde alturas, ahogamiento por caída en lagos y pozos, accidentes de tránsito por carreteras irregulares y riesgos propios de la conducción, heridas y amputaciones por manipulación de máquinas existentes en los viñedos, laceraciones

¹ Guía para la identificación de los peligros y la valoración de los riesgos en seguridad y salud ocupacional – folios 840 a 877.

y heridas con botellas y copas de vidrio, picaduras de abejas por estar en espacios con cultivos de fruta dulce.

10. Otro escenario de peligro son todas las situaciones de riesgo que se pudieron presentar durante la asistencia a la salida académica organizada por la institución, en razón a que se pueden generar accidentes originados por la exposición a factores de riesgos físicos, mecánico, de seguridad entre otros”

Dictamen pericial aportado por la demandada (fls 1192 a 1206) en el que concluye que los estudiantes del Ciclo VI de Gastronomía en el Politécnico Internacional están expuestos a un nivel de riesgo bajo y en caso de presentarse una eventualidad los daños que se pudiesen ocasionar a los estudiantes son mínimos. Respuesta de Sura en la que hace constar que el nivel de riesgo de la carrera de gastronomía² es 1 (fls. 1280 a 1281), documentos adicionales peritaje de la demandada (fls. 1287 a 1573).

De otra parte, se cuenta con el **interrogatorio de parte rendido por el representante legal del Politécnico Internacional** quien indicó en lo que respecta a la materia de clases que cursaba KAREN ANDREA RUBIANO al momento del suceso, que se hizo un análisis con la ARL SURA de las materias ofertadas por la Institución educativa en el que se concluyó que enología 1 no presentaba un nivel de riesgos laboral por lo que no determinaron necesario afiliar a los estudiantes que cursaran esa materia a la ARL. Dijo que la materia de enología se realizaba dentro de las aulas y por lo tanto tenía un componente práctico mínimo, enfocándose en el aspecto teórico, ese curso contaba con un nivel de riesgo ocupacional muy bajo, en esa materia se manejaban botellas, copas y destapa corchos, también manifestó que la salida pedagógica realizada en 2015 fue en desarrollo de la malla académica.

La testigo María Paula Martínez expresó que era amiga de la causante, que la salida pedagógica se realizó como requisito obligatorio para pasar la materia y poderse graduar, posterior a la salida debían realizar un trabajo con relación a ésta la cual iba a ser evaluada, manifestó que la materia era teórico practica y todos los días veían parte práctica, los insumos los daba la universidad, debían acompañar los vinos con maridajes, estaban en constante riesgo por la exposición a objetos de vidrio, realizar cortes y actividades propias del desarrollo de la clase, ella se cortó una vez, indicó además que la materia de enología tenía similitudes con la de coctelería y debían consumir licores, así como manejar cuchillos y copas.

La testigo Dayana Carolina Bernal (amiga de Karen Rubiano), dijo que eran compañeras de estudio, vieron enología juntas, esa materia era teórico practica y

debían manipular botellas de vino, copas y cuchillos para realizar cortes de carnes, algunas veces se cortaban los compañeros, estos materiales los daba la universidad, indicó que a la salida académica no pudo asistir pero tuvo que presentar un trabajo para suplir la nota, dijo que las materias de coctelería, barismo y enología son similares y que se diferenciaban en el diferente tipo de trago únicamente y preparación de carnes.

El testigo Cristian Nicolás Avella conoció a Karen Rubiano y estuvo en la salida académica de diciembre de 2015, que fue organizada por la Institución Educativa, él cursaba la materia de enología 2 e iba un semestre adelantado a la causante, la clase se desarrollaba de manera teórico-práctica, más práctica, debían manipular botellas, copas, cuchillos y bandejas, los insumos los daba el Politécnico, dijo que la salida académica era obligatoria y les daban una nota extra, si no iban debían hacer un trabajo adicional, no sabía de los riesgos que corría al tomar la materia, tampoco sabía si estaba afiliado a la ARL. Debían preparar un alimento para acompañar el vino en desarrollo de la clase de enología, precisó que ésta clase y coctelería se diferenciaban principalmente en el tipo de licor a utilizar, del resto eran similares.

El testigo Diego Hernández Carreño indicó que conoció a la causante en las clases de gastronomía, fue a la salida académica con ella, la salida era obligatoria y tenía una nota, manejaban cuchillos copas, sartenes, estufas saca corchos, botellas y demás elementos en la clase de enología, expuso cuales eran las actividades que realizaban en las clases, él tampoco sabía si estaba afiliado a la ARL, ni tampoco que estuviera expuesto a riesgos por los cuchillos y los gases.

La testigo María Rubiela Oliveros (profesora en el politécnico internacional), expuso que conoce el syllabus de enología 1 pero no dicta la materia, conocía a la causante porque fue su estudiante y que supo de la salida académica realizada en la que falleció. En desarrollo de la clase de enología, la salida académica se hizo para quienes quisieran asistir y que cursaran la clase de enología 1 y 2 con el fin de reforzar los conocimientos y fue organizada por la institución educativa. No sabe si la ARL hizo un análisis de la clase, conoció al docente que le dictó clase a KAREN pero no recuerda el nombre, los estudiantes no debían usar cuchillos ni cocinar, solo usaban copas y hieleras, en el maridaje les daban pan y maní.

La testigo Angie Liévano Castiblanco (coordinadora de SGSST en el Politécnico Internacional), fue quien hizo la clasificación de riesgos de las materias de la demandada en vigencia del Decreto 055 de 2015, iniciaron el análisis realizado y solo se afiliaban a la ARL a los estudiantes con clases donde usaran cuchillos, zonas calientes o maquinaria que pusiera en riesgo la salud. No asistió a una clase de enología, pero sabe que era de carácter teórico, en esa clase solo usaban copas para servir vinos y representa un riesgo muy bajo.

La testigo Clara Inés Clavijo, (jefe de cocina del politécnico encargado de despachar la materia prima a los estudiantes y hacer el inventario), conoció a la estudiante Karen, no asistió a ninguna clase que curso la alumna en enología, en desarrollo de esa materia se suministraba a los estudiantes únicamente pan y maní para acompañar los vinos, dijo que la salida académica en cuestión era voluntaria y los que no pudiesen asistir debían realizar un taller.

El testigo William Marques Rincón (trabajador administrativo en el Politécnico Internacional) no conoció a Karen Rubiano, indicó que en la materia de enología no se presentaba riesgo según la ARL Sura, y por eso en esa clase no se afiliaban a los estudiantes a la ARL.

El testigo Edward Buitrago Sepúlveda (fue decano en el Politécnico Internacional de la Facultad de Hospitalidad y Entretenimiento), conoció a la causante porque era estudiante de la facultad que él coordinaba, dijo que en enología 1 solo se usan copas para cata de vinos, descorchador y botellas de vino e indicó que el desarrollo de la clase es teórico-práctica, un 20% es práctica. No acompañaban con maridajes en esa clase, la cata la realizaban con pan y maní, no asistió a alguna clase de enología, la salida académica no era obligatoria y los que no asistieron debían presentar un taller adicional para aprobar la materia, no sabe si la estudiante estaba realizando alguna actividad como requisito de grado o que generara ingresos al Politécnico, indicó que coctelería y enología son materias distintas y en coctelería usan utensilios más peligrosos.

Conforme lo anterior, y tomado como punto de partida el Decreto 055 de 2015 el cual se ocupa de establecer los parámetros para la afiliación de los estudiantes al Sistema General de Riesgos Laborales, La Sala concluye que en el asunto no se dan las condiciones para condenar a la demandada al pago de una pensión de

sobrevivientes, pues no se evidencia negligencia alguna por parte de la llamada a juicio en cubrir los riesgos ocupacionales propios del sexto trimestre que cursaba la causante, como quiera que los riesgos imputados no fueron demostrados.

No se desconoce que la materia de enología implica el manejo de cristalería, sin embargo, la manipulación de tales elementos no trae inmerso un riesgo ocupacional de tal trascendencia que amerite la afiliación a ARL en los términos del Decreto ya referido, la metodología de la materia, evidencia que las clases eran talleres teórico prácticos, para entrenar a los estudiantes en la cata y servicio de vinos, y del análisis conjunto de las pruebas, lo que se concluye es que el maniobrar los implementos propios de esa materia, obedecen al autocuidado que debe tener cualquier persona que manipula ese tipo de vajilla.

En el subitem, es evidente que KAREN ANDREA HERRERA RUBIANO para la época de su deceso no ejecutaba trabajos que significaran una fuente de ingresos para la Institución demandada, no adelantaba prácticas o actividades propias para culminar sus estudios u optar por su título académico, ni tampoco estaba en ningún sector de producción o servicios que involucraran un riesgo ocupacional.

Para llegar a esta conclusión la Sala se apoya en los conceptos emitidos por el Ministerio de Educación en cuanto a la aplicación del Decreto 055 de 2015, en los que delimitó el alcance del término "*práctica*", sin que se adecue la situación fáctica de la acusante a una: práctica profesional, práctica laboral, práctica empresarial, o práctica – como requisito de grado.

Por ende, en este caso la salida de campo que llevó a cabo la demandada para los estudiantes de la materia enología 1 y 2 (clase cuya metodología fue teórico-práctica) y en la que lamentablemente se perdió la vida de la estudiante KAREN ANDREA HERRERA RUBIANO, constituye una actividad realizada en virtud de un trabajo académico propio de su proceso de formación, aprendizaje y entrenamiento, que de ninguna manera puede ser tomado como una actividad productiva del plan de estudios, pues el desarrollo de la materia al no generar ingresos económicos para la demandada y no exponerse a mayores riesgos, en el asunto la afiliación del Decreto 055 de 2015 no era necesaria.

En ese orden, La Sala **REVOCA** la sentencia apelada para en su lugar absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra, y por sustracción de materia no se analizará el punto de la actora relacionado con los intereses moratorios.

Sin **COSTAS** en la alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 10 de diciembre de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - Sin COSTAS en la alzada.

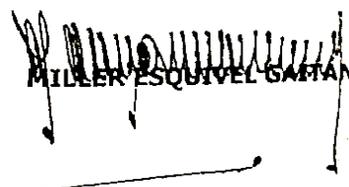
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 LIBARDO MENESES QUIÑONES
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Rad. 2019 00032 01 Juz 33.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LIBARDO MENESES QUIÑONES demandó a la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente (fl 44, 45).

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente (fl 44, 45). Nació el 16 de mayo de 1953. Efectuó cotizaciones en el ISS desde el 02 de julio de 1973. En 6 de agosto de 2002 se afilió a la AFP Porvenir S.A. Continúo realizando aportes al sistema general de pensiones. No se le explicó cómo funcionan las modalidades de pensión, el cobro de los gastos por administración, el capital que debía acumular tampoco se le hizo una proyección de la pensión. El 13 de abril de 2018 solicitó a la AFP Porvenir

y a Colpensiones el traslado al RPM. La respuesta de la AFP Porvenir fue negar la petición al encontrarse a menos de diez años de acceder al derecho a la pensión y por lo tanto no era procedente el traslado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y tres 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; las fechas de los aportes efectuados al ISS y de la respuesta negativa dada a la solicitud.
- Formuló como excepciones de mérito; falte de legitimación en la causa por pasiva, inobservancia del principio de desarrollado en el artículo 48 de la constitución política, adicionado por el acto legislativo 01 de 2005, falta de causa para demandar, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa, innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; La solicitud de traslado, la respuesta de Porvenir S.A.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP Porvenir, de fecha 16 de

agosto de 2002. Ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones todos dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos, a COLPENSIONES le ordenó recibirlos y actualizar la historia laboral del demandante. Llegó a esa determinación en síntesis al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba en lo que respecta a su deber de información en los términos enseñados por la SL CSJ. Declaro no probada la excepción de prescripción ante la irrenunciabilidad de los derechos de dependen de esta decisión.

Recurso de apelación

La AFP PORVENIR: considera que no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado pues este se efectuó conforme las normas vigentes para el año 2002, el formulario de afiliación es válido para realización del traslado, y para esa época no era exigible hacer proyecciones o simulaciones pensionales. La actora no logro demostrar algún vicio del consentimiento, ni ningún tipo de error (de hecho, o de derecho) ya que el demandante posee un grado de conocimiento sobre el RAIS. Solicita se absuelva al fondo de pensiones de la devolución de los gastos de administración, toda vez que son una comisión por la gestión y administración de los aportes durante la vigencia de la afiliación y los valores por concepto de primas de seguro previsional ya fueron trasladados a terceros. Considera que el actor solo persigue beneficiarse del RPM, alega que el traslado de los recursos debe hacerse como lo dispone el Dto. 3997 de 2008 art 7.

COLPENSIONES: Señala la existencia de un detrimento patrimonial del sistema general de pensiones. Indica que la inversión de la carga de la prueba en cabeza de la AFP sobre el deber de información genera una desproporcionalidad probatoria con la que se beneficia el demandante. El traslado fue una decisión libre y voluntaria de la actora, así se firmó el formulario, además, la conducta del actor (permanecía en el RAIS) permiten concluir la ratificación de su decisión.

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

Parte demandante: Indicó que se demostró la falta al deber de información por parte del fondo privado, por lo que se debe confirmar íntegramente la sentencia de primera instancia.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** Argumentó en síntesis que el traslado es válido, no se demostró la existencia de un vicio del consentimiento y al declararse la ineficacia de la afiliación se vulnera el principio de sostenibilidad financiera del fondo público, por lo que solicitó se revoque la decisión.
- **AFP PORVENIR:** En resumen, sostuvo que el traslado fue válido y ajustado a todas las normas vigentes para la época, además, que el actor contó con múltiples oportunidades para retornar al RPM pero no lo hizo, lo que es una clara señal de que su voluntad era pertenecer al RAIS, por lo que pidió se revoque la decisión.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 13 de abril de 2018 (fls 22 a 24), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional del actor no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 16 de agosto de 2002, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir S.A., conforme formato que milita a folio 11. Tampoco se discute que el demandante hizo aportes al ISS entre el 02 de julio de 1973 y el 30 de diciembre de 1978 (fl 83), el 01 de septiembre de 1998 y el 31 de octubre de 2002 aportó a FONPRECON (formato No 1 – certificado de información laboral - fl 12), que desde diciembre de 2002 a febrero de 2013 sus aportes los hizo a través de la razón social Cámara de Representantes en PORVENIR y desde julio de 2013 a marzo de 2015 aporta a la misma AFP con el empleador COBASEC LIMITADA.

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien el actor el 16 de agosto de 2002 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A (Fl 11), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, 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 del fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se

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”*

proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

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

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

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

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

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

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

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Insuficiencias que tampoco se subsanan por la permanencia en el RAIS, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los rendimientos de los aportes que tenía el actor en su cuenta individual y los gastos de administración impartida en contra de la AFP Porvenir, es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha del 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *"El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales"*, en consecuencia, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, lo que implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo de las propias utilidades de las AFP que administran cada cuenta, conforme la jurisprudencia de la SL CSJ (SL 2611-2020, SL 17595-2017 y rad. 31989 del 8 sep. 2008⁴), ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por

⁴ *"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrino: [...]"*

unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera y evitar un enriquecimiento sin justa causa (SL2877-2020⁵).

Aplicación del Decreto 3995 de 2008

En cuanto a lo previsto en el art. 7⁶ del Dto. 3995 de 2008 el cual contempla el traslado de los recursos e información, es de precisar que tales postulados no resultan aplicables en el caso, como quiera que las ordenes proferidas por el juez en la sentencia apelada no obedecen a parámetros legales que regulan los traslados entre regímenes, sino a una decisión judicial que acoge los criterios determinados por la jurisprudencia de la SL CSJ, donde se ha reiterado que la declaratoria de ineficacia trae consigo implícita como sanción la devolución de todas las sumas de dinero que manejó la AFP. En ese orden estos postulados por no gobernar directamente la situación fáctica, resultan de imposible aplicación.

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

"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."

⁵ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

⁶ **Artículo 7º. Traslado de recursos.** El traslado de recursos pensionales entre regímenes, incluyendo los contemplados en este decreto, así como de la historia laboral en estos casos, deberá realizarse en los términos señalados a continuación y en el artículo siguiente:

Cuando se trate de una administradora del RAIS, deberá trasladar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, multiplicado por el valor de la unidad vigente para las operaciones del día en que se efectúe el traslado.

Para todos los efectos de traslado de cotizaciones se deberá incluir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del RAIS.

Tratándose del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, RPM, la devolución se efectuará por el valor equivalente a las cotizaciones para financiar la pensión de vejez, que se hubieren efectuado actualizadas con la rentabilidad acumulada durante el respectivo período de las reservas para pensión de vejez del ISS, o en su defecto la informada por la Superintendencia Financiera para los períodos respectivos.

Parágrafo. Con ocasión de la definición de la múltiple vinculación de sus afiliados y la determinación de las sumas a trasladar, las entidades administradoras del Sistema General de Pensiones quedan facultadas para compensar, total o parcialmente, los saldos respectivos.

Lo anterior sin perjuicio de la facultad que tiene la Superintendencia Financiera de precisar otros aspectos referentes a la materia.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de agosto de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) SMLMV para esta anualidad (\$1'000.000) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

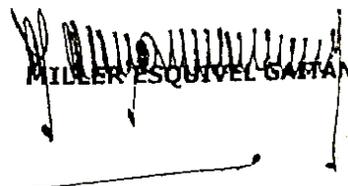
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAGALIS DOMÍNGUEZ HERRÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 – 0014 01 Juz. 07.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MAGALIS DOMÍNGUEZ HERRÁN demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4 del archivo 01 del expediente digital.

PRETENSIONES PRINCIPALES

- Nulidad del traslado del régimen de prima media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por PORVENIR, por falta al deber de información.
- Devolución de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

- Ineficacia del traslado de régimen.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 6 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 8 de julio de 1963, inició su vida laboral en el mes de noviembre de 1982, se afilió al RPM administrado por el extinto ISS donde permaneció hasta el 30 de agosto de 1999 y cotizó 754 semanas, en la mencionada fecha se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR. Al momento del traslado, el asesor de PORVENIR quien presidió una charla grupal en las instalaciones de la Clínica Palermo, afirmó que tanto el ISS como CAJANAL iban a ser intervenidas por el Estado y por ello, les convenía afiliarse al RAIS, sin embargo, no le indicaron las ventajas y desventajas de pertenecer al régimen privado, tampoco le efectuaron una proyección pensional y tampoco le indicaron sobre la posibilidad de retractarse de su decisión, entre otra información relevante que le permitiera tomar una decisión consciente y libre. Solicitó ante COLPENSIONES el 11 de diciembre de 2019 activar su afiliación al RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad el 16 de enero de 2020 (fl. 67 archivo 01), notificadas las demandadas y corrido el traslado, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 70 a 105 del archivo 01 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad de la actora, el traslado efectuado a PORVENIR y la vigencia del Decreto 1161 de 1994 al momento del traslado.
- Formuló como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible a folios 2 a 27 del archivo 03 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- No aceptó o no le consta ningún hecho.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de diciembre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado y la afiliación efectuada por la actora a PORVENIR; le ordenó al fondo privado trasladar la totalidad de aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, al igual que incluir gastos de administración y comisiones de seguro previsional, las cuales deben ser indexadas al momento de su pago. Ordenó a COLPENSIONES recibir a la actora sin solución de continuidad desde su afiliación al antiguo ISS.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de Sala Labora de la Corte Suprema de Justicia desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente el fondo privado no acreditó haber cumplido con la carga que le asistía de informar a MAGALIS DOMÍNGUEZ HERRÁN de manera completa y adecuada, además, tampoco demostró que la asesora que efectuó el trámite de la afiliación estuviera capacitada para realizar dicha gestión.

Del interrogatorio de parte indicó que tampoco se puede extraer confesión alguna, al ser enfática en que la información que le brindaron en la reunión grupal ocurrida en la Clínica Palermo era que el ISS y CAJANAL se iban a acabar y que, por ello, debía afiliarse rápidamente a PORVENIR, pero no le brindaron ninguna información adicional ni la ilustraron debidamente. Sobre la excepción de prescripción manifestó que no puede operar por discutirse una actuación derivada del derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible, como lo ha señalado la jurisprudencia, y por los resultados del proceso declaró no probadas las demás excepciones.

Al no intervenir COLPENSIONES en el acto que se declaró ineficaz y a pesar de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, condenó en costas solamente a PORVENIR, por ser el que ocasionó el acto ineficaz.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó en su apelación que no se probó la existencia de alguno de los vicios del consentimiento consagrados en el Art. 1740 del Código Civil, además, que existió una interpretación errónea del artículo 1604 del Código Civil por cuanto la demandante debió probar la ocurrencia de lo alegado y no solo atribuir la carga probatoria al fondo de pensiones. Trajo a colación un pronunciamiento de este Tribunal dentro del radicado 2018-0445 en el que se menciona la imposibilidad de trasladarse de régimen en virtud de la prohibición de la Ley 797/2003, indicó que con la decisión del A-quo se presenta una descapitalización del sistema general de pensiones al tener que responder por prestaciones de personas que nunca estuvieron afiliados al RPM con los aportes de afiliados que si han cotizado en el sistema.

PORVENIR: Expuso que el traslado es válido y se cumplió con el deber de información para el momento en que se formalizó el traslado, por lo que no puede juzgarse el traslado a luz de normas posteriores. Sobre los gastos de administración indicó que son valores que fueron descontados mes a mes, por lo que a dichas sumas si debe aplicársele el fenómeno de la prescripción, además, que esas sumas no se encuentran constituidas para financiar prestaciones de vejez sino que son para asegurar al afiliado de posibles riesgos y están originadas en un mandato legal, por lo que no procede ni siquiera su devolución parcial, porque se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y al ordenar una indexación se genera una doble condena por la misma situación. Hizo referencia a que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que tampoco procede declarar la ineficacia.

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

Parte demandante; Solicitó la confirmación de la decisión por cuanto no se cumplieron los postulados de la CSJ SL para acreditar el cumplimiento al deber de la información al momento del traslado de régimen por parte del fondo privado.

Parte demandada;

COLPENSIONES: Argumentó que el traslado se realizó en una época que no estaba vigente el mandato legal de la doble asesoría, por lo que no puede juzgarse el caso en virtud de normas posteriores. Adujo que las proyecciones pensionales allegadas con posterioridad no acreditan que en su momento se haya faltado al deber de información e hizo referencia a un pronunciamiento jurisprudencial atinente a los actos de relacionamiento que validan la afiliación, además porque la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

PORVENIR: Expuso en resumen que el traslado es válido y se cumplió con el deber de información para el momento en que se formalizó el traslado, por lo que no puede juzgarse el traslado a luz de normas posteriores.

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 del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 32 a 36 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 11 de diciembre de 2019, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR el 15 de agosto de 1999, tal como se denota del formulario de afiliación que reposa a folio 62 del archivo 03 del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 15 de agosto de 1999, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora 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.

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.

Quando 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)

31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirma COLPENSIONES, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, como lo pretende hacer ver el apoderado de COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

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"

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, la entidad no demostró o aclaró si le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban aproximadamente 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociere algunas de las características del RAIS o del RPM, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS, los posibles traslados horizontales entre fondos o los conocimientos académicos y profesionales de la afiliada tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifican o convalidan ninguna situación, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus

implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

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

Respecto a la apelación de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar tal como lo muestra la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 29 de julio de 2020 - SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que

“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”

⁵ “Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

En consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de la AFP a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que le sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración.

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, que deben ser entregados de forma indexada, y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020) como lo ha indicado la apoderada de COLPENSIONES en su recurso.

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

Es de resaltar que los gastos de administración fueron valores descontados de las cotizaciones efectuadas por la demandante a su cuenta de ahorro individual y que constituyen el capital con el cual se financiará su pensión una vez sea efectuado el traslado al régimen de prima media con prestación definida, por lo que no pueden ser objeto de prescripción como lo pretenden las recurrentes mencionadas toda vez que al declararse la ineficacia del traslado las AFP, estas deben devolver lo que recibieron con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales y que constituye el capital que financiará la pensión.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

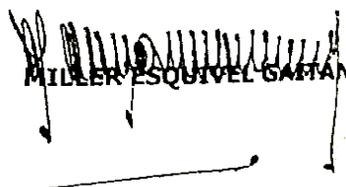
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el seis (06) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAFTÁN

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 OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Rad. 2020 – 00108 - 01 Juz. 23.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días del mes de febrero de dos mil veintidós, a 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

OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 9 y 10 del expediente.

- Reconocimiento y pago de Pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios Art. 141 Ley 100/93.
- Indexación.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4. Giovanni Arcadio Campos Vásquez falleció el 29 de octubre de 1999, momento para el cual se encontraba afiliado en pensiones al RPM administrado por el ISS y había cotizado al sistema antes del 1 de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia de la Ley 100/93) más de 300 semanas. Giovanni Arcadio Campos Vásquez y la demandante convivieron desde la fecha de su matrimonio celebrado el 30 de septiembre de 1989 hasta el momento del deceso de Campos Vásquez, de esa relación se procreó al hijo Bryann

Giovanny Campos Galindo. La demandante a nombre propio y en representación de su hijo menor solicitaron ante el ISS el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, la cual fue resuelta de manera negativa en la Resolución 021047 del 20 de mayo de 2009, por cuanto no fueron acreditados los requisitos exigidos en la Ley 100/93, sin embargo, en la mencionada Resolución, les fue reconocida la calidad de beneficiarios pensionales, y se ordenó el pago de indemnización sustitutiva a favor de Bryann Giovanny Campos Galindo y respecto a la actora el ISS prescribió su derecho. En la actualidad, Bryann Giovanny Campos Galindo cuenta con 28 años de edad.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del circuito de Bogotá mediante auto del 16 de septiembre de 2020 (fl. 26) y corrido el traslado, la accionada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó en los términos del escrito visible a folios 1 a 18 del archivo PDF que reposa en la carpeta "CONTESTACIÓN COLPENSIONES" del medio magnético que se encuentra a folio 38 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de deceso de Giovanny Arcadio Campos Vásquez, las causas del fallecimiento y afiliación del causante al RPM, la solicitud elevada por la actora para el reconocimiento de la pensión, su respuesta negativa y el argumento por el que se le negó la misma, el reconocimiento y pago a favor del hijo de la indemnización sustitutiva y el reconocimiento sin pago a favor de la actora por estar prescrito el derecho a la indemnización.
- Formuló como excepción previa; falta de jurisdicción y/o competencia por ausencia de agotamiento administrativo ante entidad pública Art. 100 C.G.P. – Art. 6 C.P.T.S.S.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de sobrevivientes en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, inexistencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Veintitrés laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que:

"PRIMERO: DECLARAR que **OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO y BRYAN GIOVANNY CAMPOS GALINDO** acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Giovanni Arcadio Campos Vásquez (Q.E.P.D.), a partir del 29 de octubre de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, a **RECONOCER** la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Giovanni Arcadio Campos Vásquez (q.e.p.d.) de la siguiente manera:

A favor de **BRYAN GIOVANNY CAMPOS GALINDO** en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 29 de octubre de 1999 y hasta el 6 de mayo de 2009, momento en que cumplió la mayoría de edad, y dado que no acreditó estudios con posterioridad.

A favor de **OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO** en cuantía del 50% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 29 de octubre de 1999 y hasta el 6 de mayo de 2009, y en cuantía del 100% del salario mínimo a partir del 7 de mayo de 2009.

TERCERO: CONDENAR a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, a **PAGAR** la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor Giovanni Arcadio Campos Velásquez (q.e.p.d.) junto con las dos mesadas adicionales e incrementos de ley, únicamente a favor de la demandante **OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO**, en cuantía del 100% del salario mínimo legal mensual vigente desde el 28 de febrero de 2017, con ocasión a la prescripción. Mesadas que deberán reconocerse debidamente indexadas las mesadas pensionales al momento de su pago, y de acuerdo a su fecha de causación.

PARAGRAFO: AUTORIZAR a la demandada para que del retroactivo pensional que se genere a favor de las demandantes descuente el valor cancelado por concepto de indemnización sustitutiva que ascendió a la suma de \$2'143.018, debidamente indexada al momento en que se realice su deducción, y, además, descuente los aportes a salud.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción, de forma total respecto de las mesadas pensionales que se causaron a favor de **BRYAN GIOVANNY CAMPOS GALINDO**; y de manera parcial, en cuanto a la demandante **OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO**, y en relación con las mesadas pensionales causadas con anterioridad al día 28 de febrero de 2017.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Llegó a esta determinación luego de precisar que en efecto CAMPOS VÁSQUEZ no había dejado causado el derecho a la pensión en aplicación de la Ley 100/93 en su redacción original, suerte que no corrían sus beneficiarios si se revisaba la prestación a la luz del principio de la condición más beneficiosa, la que para el caso correspondía a la revisión de los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990. En el asunto, el juez se relevó del estudio de la calidad de beneficiarios de BRYANN GIOVANNY CAMPOS GALINDO y de OLGA LUCIA GALINDO BRICEÑO, como quiera que en la Resolución 021047 del 20 de mayo de 2009 el ISS les reconoció tal calidad y pago una indemnización sustitutiva. Volviendo al cumplimiento de los requisitos, exactamente la densidad de las semanas, se advirtió que el causante contaba con más de 500, las que eran suficientes para dejar causado el derecho a favor de su cónyuge y su hijo a partir del 29 de octubre de 1999. Ordenó el pago de la prestación en cuantía de un salario mínimo, con catorce mesadas al año, la que para el hijo menor correspondía al 50% y estaba comprendida entre el 29 de octubre de 1999 y el 6 de mayo de 2009 (fecha en la que cumplió la mayoría de edad – sin acreditar estudios posteriores) no obstante, para él operó por completo el fenómeno de la prescripción, como quiera que la demanda fue radicada el 28 de febrero de 2020 (fl 25). En cuanto a la demandante, expuso que su derecho correspondía a un 50% desde el 29 de octubre de 1999 y el 6 de mayo de 2009, que en esta última fecha se acrecentaba en un 100%, pero que en observancia igualmente de la presentación de la demanda (28 de febrero de 2020) las mesadas causadas con anterioridad al 28 de febrero 2018 estaban afectadas por esta excepción.

Ahora, como la Resolución 021047 del 20 de mayo de 2009 ordenó el pago de una indemnización sustitutiva que no es compatible con el pago de la pensión de sobrevivientes, el juez dispuso que COLPENSIONES al momento del pago del retroactivo descontara a la demandante los dineros ya pagados. Absolvió de los intereses moratorios por cuanto consideró que si bien al proferirse la Resolución 021047 del 20 de mayo de 2009, el ISS hoy COLPENSIONES negó la prestación en aplicación de la Ley vigente, la que ahora se reconoce en virtud del avance jurisprudencial y aplicación de principios, además de que en la etapa de conciliación Colpensiones presentó formula de arreglo al que no quiso acceder la actora, precisamente por el reclamo de los intereses de mora y el descuento de la indemnización sustitutiva ya pagadas, el Juez consideró que en el asunto no había

lugar a imponerlos, precisamente porque se actuar se ajustó a derecho, y con estos mismos argumentos absolvió de la condena en costas.

Recurso de Apelación

La demandante considera que la mesada pensional debe ser superior al salario mínimo teniendo en cuenta la cantidad de semanas cotizadas por el causante, la cuantía y la tasa de reemplazo prevista en el Art. 20 del Acuerdo 049 de 1990 en concordancia con los principios de inescindibilidad de la norma y favorabilidad. Considera que los intereses moratorios son procedentes, dijo que aquí no se debe revisar si la demandada obro o no de buena fe para otorgar la prestación. De otra parte, criticó la decisión del A quo de tener por probada una excepción que no fue propuesta por la demandada, pues conforme al Art. 282 del C.G.P. la compensación es una excepción que no se puede analizar de oficio, en ese orden, resaltó que, si bien el juez no declaró la compensación textualmente, no es otra la lectura que merece la decisión de ordenar devolver los dineros pagados con la indemnización sustitutiva. Adicional a esto, precisa que la indemnización a la que se refiere el A quo fue cancelada al hijo del causante, como quiera que a la demandante no se le pago ninguna suma de dinero por prescripción. Finalmente, también objeta la exoneración de las costas, las cuales conforme a la Ley se imponen a la parte vencida en el proceso sin que haya lugar a consideraciones adicionales.

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

Parte demandante; Reiteró los argumentos expuestos en la sustentación de su recurso.

Parte demandada; Indicó que siempre buscó una conciliación en el proceso, no obstante, precisó que debe descontarse de las sumas reconocidas por pensión de sobreviviente, la efectuada a favor del hijo en el año 2009 a título de indemnización sustitutiva. De otro lado, adujo que, conforme a la jurisprudencia de la SL CSJ debe proceder en aplicación de la condición mas beneficiosa que las mesadas sean pagadas de manera indexada y no que se condene al pago de intereses moratorios, por lo que pidió no se acceda a dicha pretensión de la demandante y, en caso de

acceder a ella, se tenga en cuenta que deben reconocerse a partir del sexto mes después de haberse presentado la reclamación administrativa.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** todos los puntos que no fueron objeto de apelación, esto teniendo en cuenta que el fallo fue adverso a ella en lo que hace referencia a la pensión de sobrevivientes a favor de **OLGA LUCÍA GALINDO BRICEÑO**. Así mismo, y en desarrollo del recurso de alzada, procede La Sala con el estudio de la cuantía de la mesada, la procedencia de los intereses moratorios, se analizará si el A quo analizó la excepción de compensación sin que fuera propuesta y si hay lugar a imponer costas en el asunto.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la Resolución 021047 del 20 de mayo de 2009 (fls 14 a 18), donde el ISS hoy COLPENSIONES negó la pensión de sobrevivientes a la actora y su hijo, y les reconoció su calidad de beneficiarios del causante Giovanni Arcadio Campos Vásquez, por lo que se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Pensión de sobrevivientes

Precisa La Sala que el causante afiliado y no pensionado Giovanni Arcadio Campos Vásquez falleció el 29 de octubre de 1999 (fl. 13 - registro de defunción) , por lo que las normas que gobiernan el reconocimiento pensional son los artículos 46¹ y 47 de la Ley 100 de 1993 en su redacción original, las que para todos los efectos de esta ponencia se limitan a la revisión de la densidad de las semanas que debió acreditar el causante para dejar consolidado el derecho pensional, como quiera que tal como lo

¹ **ARTICULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes.** Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y
2. Los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezca, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;
- b) Que, habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.

refirió el A quo, en el asunto el ISS en su oportunidad mediante la Resolución 021047 del 20 de mayo de 2009 (fls. 14 a 17) se ocupó de estudiar la calidad de cónyuge superviviente de la demandante y la calidad de hijo de BRYANN GIOVANNY CAMPOS GALINDO, los que encontró probados y a quienes procedió a estudiarles una indemnización sustitutiva. Por ende, la condición de beneficiarios de ellos ya es un asunto decantado, aceptado por la demandada y probado en el proceso.

En cuanto a la revisión de la densidad de semanas que debían acreditarse para que se reconozca la pensión de sobrevivientes, conforme la redacción original del artículo 46 de la Ley 100/93, se tiene que en efecto el causante para la fecha de su deceso no estaba cotizando al sistema, no tenía 26 semanas al momento de la muerte, ya había dejado de hacer aportes y en el año anterior tampoco reunía las semanas requeridas, pues conforme su historia laboral el último aporte al sistema data del 30 de abril de 1995, fecha para la que contaba con 557.43 semanas (fl 19) y esta fue la razón por la cual el ISS en su oportunidad no reconoció el derecho a la pensión, actuación que en efecto está ajustada a derecho.

No obstante lo anterior, y tal como lo advirtió el juez, en el caso en aplicación de la jurisprudencia de la SL CSJ y el principio de la condición más beneficiosa, se colige que en el asunto tanto BRYANN GIOVANNY CAMPOS GALINDO y de OLGA LUCIA GALINDO BRICEÑO tenían derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, pues como en reiteradas oportunidades lo ha expuesto la CSJ, cuando una persona fallece en vigencia de la Ley 100/93 sin modificaciones, la norma a aplicar en virtud de tal principio es la inmediatamente anterior, que para el caso obedece al Acuerdo 049/90. Al respecto la Corte en SL 1663 del 2021 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, reiteró la jurisprudencia aplicable y recordó las condiciones a tener en cuenta en la materia; sobre el tema precisó:

"En todo caso, cabría decir, que no se equivocó el Tribunal al estudiar el asunto de esa manera, ya que la jurisprudencia de la Corte ha enseñado, que en tratándose de la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al régimen de prima media, cuando ella acontezca en vigencia de la Ley 100 de 1993, la aplicación del principio de la condición más beneficiosa busca resguardar las prerrogativas de los derechohabientes, otorgándoles la prestación por muerte, aunque el causante no hubiera cotizado 26 semanas al momento del deceso (afiliado cotizante) o en el año inmediatamente anterior (afiliado no cotizante), exigidas por el artículo 46 de dicha ley -en su versión original-.

Pero para hacer efectivo tal principio, el causante deberá haber reunido -al momento de entrar a regir el sistema, las condiciones (semanas

cotizadas) exigidas por los artículos 6° y 25° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, o sea, las requeridas por el régimen inmediatamente anterior a la citada ley.

Así, la Sala ha establecido que, para considerar viable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa en el evento de una pensión de sobrevivientes, el causante debió haber reunido una de las siguientes condiciones: 1) al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, haber cotizado al menos 300 semanas en cualquier tiempo; o 2) haber cotizado al menos 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del fallecimiento, e igual número a la entrada en vigencia de la citada ley.” (negrita fuera de texto)

Así las cosas, como en el sublite está demostrado que GIOVANNY ARCADIO CAMPOS VÁSQUEZ cotizó al sistema en toda su vida un total de 557.43 semanas y que cumple con los requisitos del Acuerdo 049/90 para que se reconozca la **pensión de sobrevivientes** en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, La Sala **confirma** esta decisión.

En cuanto a la **cuantía** de la mesada, la que fue tasada por el juez en un salario mínimo legal mensual vigente, es de precisar que conforme la historia laboral (fls 19 a 23) y las normas que gobiernan el reconocimiento, evidentemente la prestación, al aplicar la tasa que corresponde según el número de semanas cotizadas (557.43 – 47%) arroja un valor muy inferior al salario mínimo, por lo que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 100/93 la decisión del A quo de ordenar el pago de la pensión en un salario mínimo para cada anualidad, es una disposición que se ajusta a derecho. En este punto es de recordar a la apelante que no basta con aseverar que la cuantía de una prestación es equivocada sin exponer las pruebas concretas de su dicho, en la medida en que al atacar la cuantía de una pensión tiene el deber de ejercer al tiempo la carga de la prueba que le impone el canon 167 del CGP, y en ese orden, resaltar puntualmente donde está el error en la liquidación, por ejemplo si se tomó mal el IBL mostrar cual es el que corresponde. De otra parte, es de indicar que en el asunto la actora tiene derecho a las **mesadas adicionales de junio y diciembre** porque el derecho pensional se causó con anterioridad a la vigencia del Acto Legislativo 1 de 2005 y la mesada reconocida no supera el valor de los tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Respecto a la procedencia o no de los **intereses moratorios** previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales son de naturaleza resarcitoria y no sancionatoria, por lo que su análisis en principio no dependen de la buena o mala fe

del Administrador de pensiones; es de precisar que en el caso concreto está más que decantado que cuando las prestaciones se reconocen por cambios jurisprudenciales o en aplicación de ésta, tales intereses no son procedentes, pues su reconocimiento no obedece directamente a la aplicación de las leyes que regulan la materia, sino a las condiciones particulares del caso. En el asunto la actora solicita el pago de los intereses de forma automática sin que se efectúen consideración alguna al respecto, pedimento que raya con la jurisprudencia aplicable, pues tal como se expuso en la sentencia SL3784-2019² en tratándose de la prestación de sobrevivientes en aplicación de la condición más beneficiosa los mismos no están llamados a prosperar.

No obstante, las mesadas adeudadas si deben ser reconocidas de forma **indexada** ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y **sin** que en el caso haya lugar a efectuar **descuento alguno** a la demandante por lo ya pagado a BRYANN GIOVANNY CAMPOS GALINDO (hijo del causante), pues basta con revisar la Resolución No 021047 del 20 de mayo de 2009, en la que se dispuso en el ordinal tercero, "**RECONOCER el 50% de la Indemnización Sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a BRYANN GIOVANNY CAMPOS GALINDO identificado con la cedula de ciudadanía No 1.030.591.199 en calidad de hijo del causante...**" postulado del que fácilmente se colige que en el asunto a la demandante nunca se le pago ningún valor por concepto relacionado con la pensión de sobrevivientes en análisis. Luego solamente en este punto le asiste razón a la parte actora en su apelación, pues en efecto el A quo se equivocó al ordenar a COLPENSIONES que a GALINDO BRICEÑO se le efectuara un descuento por unas sumas de dinero que ella nunca recibió, porque la entidad en su momento le declaró prescrito su derecho pues en la misma Resolución se indicó "*Que de acuerdo a lo anterior la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes correspondiente al 50% de la señora OLGA LUCIA GALINDO BRICEÑO identificada con la cédula de ciudadanía No 52.015.624 en calidad de cónyuge supérstite se encuentra prescrito ya que el asegurado falleció el 29 de octubre de 1999 y la solicitud de la prestación la radico el 08 de octubre de 2008, 9 años después.*" Por esto solamente procedió al pago del 50% de la prestación que le asistía a BRYANN GIOVANNY.

² En cuanto a los intereses moratorios, de conformidad con el criterio jurisprudencial predominante de la Sala, en el sub lite no es procedente la condena a ellos, según lo previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, **toda vez que la pensión de sobrevivientes se concede con fundamento en el principio de la condición más beneficiosa.**

No obstante, debido a que la suma adeudada sufrió un deterioro económico por el transcurso del tiempo, se reconocerá la indexación sobre la misma

Así las cosas, La Sala **revoca el parágrafo consignado en el ordinal tercero de la parte resolutive** para en su lugar no ordenar descuento alguno, diferente a los que están previstos en la Ley. Esta revocatoria también encuentra fundamento en lo expuesto por la apelante al indicar que COLPENSIONES en sus excepciones no propuso la de compensación, luego tal orden tampoco estaba llamada prosperar conforme los límites establecidos en el artículo 282 del CGP.

En cuanto a la petición de la **condena en costas**, a la que el A quo no accedió porque Colpensiones desde la etapa de conciliación presentó fórmulas de arreglo para evitar este proceso, las que en su mayoría salieron avante, pues si bien, al contestarse la demanda COLPENSIONES presentó oposición y en su momento al surtirse tal etapa la actora no aceptó el reconocimiento pensional en los términos expuesto por la demandada, esto es, el pago indexado de la pensión sin intereses de mora y el descuento de lo cancelado en la indemnización sustitutiva (habiendo prosperado con este recurso únicamente el último punto) lo cierto es que, el proceso se surtió en primera y segunda instancia por capricho de la promotora del litigio, pues en todo momento COLPENSIONES estuvo presta a cumplir con sus obligaciones a cargo, además advierte La Sala que la absolución del A quo por este concepto está acorde con lo dispuesto en el numeral 5³ del artículo 365 del CGP pues los argumentos de la decisión no resultan antojadizos o inconsistentes. Por lo que este punto también se **confirma**.

Finalmente, en lo que respecta a la **excepción de prescripción**, se concluye que en efecto le asiste razón al juez, como quiera que la fecha del deceso fue el 29 de octubre de 1999, la actora según la resolución 0210047 reclamó su derecho el 08 de octubre de 2008, esto es, superado el término trienal establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, en consecuencia los 3 años de que tratan estas normas deben ser contabilizados desde el momento en que se radicó la demanda y que corresponde al 28 de febrero de 2020 (fl 25), por tanto las mesadas a reconocer a la demandante y que no están afectadas por este fenómeno son las causadas a partir del 28 de febrero de 2017, tal como el juez lo dispuso, por lo que este ítem se confirma igualmente.

³ En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

Bajo los anteriores razonamientos, se **modifica** la sentencia apelada y consultada.

COSTAS

Sin costas en la instancia porque prosperó parcialmente el recurso de alzada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR EL PARÁGRAFO DEL ORDINAL TERCERO de la sentencia del 11 de marzo de 2021 proferida por el Juez 23 Laboral del Circuito del Bogotá, para en su lugar ordenar a COLPENSIONES que los únicos descuentos que puede hacer del retroactivo de la demandante son los previstos en la Ley.

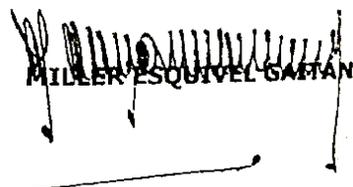
SEGUNDO. - En lo demás, se **CONFIRMA** la sentencia apelada y consultada.

TERCERO. - Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMILO HERNÁNDEZ DE ALBA DE FRANCISCO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Rad. 2020 – 00305 01 Juz. 07.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CAMILO HERNÁNDEZ DE ALBA DE FRANCISCO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 2 y 3 del archivo 01 del expediente digital.

PRETENSIONES PRINCIPALES

- Ineficacia de la afiliación y vinculación al RAIS efectuado el 1 de mayo de 1997.
- Validez de la afiliación al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1 de mayo de 1997.
- A darle plenos efectos a la afiliación del 1 de mayo de 1997 y en tal sentido, el traslado de aportes e información a COLPENSIONES.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso y agencias en derecho.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- Ineficacia de la afiliación y vinculación al RAIS.
- Validez de la afiliación al ISS hoy COLPENSIONES
- Retrotraer los efectos de la afiliación, trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folios 1 y 2 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 12 de junio de 1965, se afilió al extinto ISS el 16 de febrero de 1994 y allí permaneció hasta el 25 de abril de 1994, fecha en la cual diligenció formulario de afiliación a COLFONDOS, afiliación que se hizo efectiva a partir del 1 de mayo de 1994. Al momento de suscripción del formulario no recibió ninguna asesoría completa que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, solo le fue brindada información conveniente a los intereses del fondo privado. A partir del 1 de mayo de 1997 se vinculó laboralmente con el Hospital San José, quien realizó aportes al ISS bajo el número patronal No. 1-00-82-06146, aportes efectuados hasta marzo de 2005. Paralelamente, a partir del mes de octubre de 2003 realizó cotizaciones como independiente ante el ISS, pagos que no fueron rechazados y se efectuaron con normalidad una vez inició operaciones COLPENSIONES a través de la planilla de autoliquidación y posteriormente por "PILA", no obstante, en julio de 2017 el sistema "PILA" le impidió continuar con los aportes, ya que indicó que existía afiliación a COLFONDOS. Presentó petición a COLPENSIONES el 2 de agosto de 2019 en la que solicitó se declarara válida la afiliación al fondo público, no obstante, mediante comunicación No. BZ2019_10552139-2276428, COLPENSIONES negó la solicitud bajo el argumento de que se encontraba válidamente afiliado a COLFONDOS, respuesta similar a la emitida por el fondo privado con posterioridad, en la que además recalcó que el traslado fue válido y no hubo en ningún momento retracto alguno. El 16 de marzo de 2020 solicitó la ineficacia de la afiliación al RAIS ante COLPENSIONES, petición negada mediante comunicación BZ2020_3711812-0753220.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de esta ciudad el 26 de octubre de 2020 (archivo 04), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURDICA DEL ESTADO; corrido el traslado respectivo, las llamadas a juicio contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 1 a 39 del archivo 09 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad del actor, la afiliación al ISS el 16 de febrero de 1994, la novedad de las cotizaciones de abril, mayo y junio de 2017 por estar afiliado al RAIS, que el 12 de junio de 2017 el actor quedó inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003, la petición presentada en 2019 por el demandante, la respuesta negativa emitida por el fondo público y la solicitud presentada por él en el año 2020 donde pidió la ineficacia de la afiliación y su respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A. En los términos del escrito visible a folios 1 a 15 del archivo 11 del expediente digital.

- Se opuso a todas las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad del actor, y el cumplimiento de los 52 años el 12 de junio de 2017.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de noviembre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado y la afiliación efectuada por el actor a COLFONDOS el 25 de abril de 1994, le ordenó al fondo privado trasladar la totalidad de aportes que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, al igual que los gastos de administración y comisiones de seguro previsional, los cuales deben ser indexados al momento de su pago y ordenó a COLPENSIONES a recibir a CAMILO HERNANDEZ DE ALBA sin solución de continuidad desde su afiliación al antiguo ISS.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral desde la creación de las AFP existe la obligación de informar adecuadamente a los afiliados al momento del traslado de régimen y conforme a las pruebas allegadas al expediente así como de las respuestas dadas por el actor en su interrogatorio, el fondo privado no demostró que haya cumplido con la carga que le asistía de informar al demandante de manera completa y adecuada las consecuencias del traslado de régimen, porque, como él mismo lo indicó, nunca tuvo oportunidad de hablar con ningún asesor del fondo privado y en el formulario de afiliación ni siquiera se denota legible el nombre del asesor, por lo que con la simple suscripción del documento no es suficiente prueba para probar que se haya cumplido con el deber de información.

Del interrogatorio de parte indicó que no se puede extraer confesión alguna, ya que fue enfático en indicar que el formulario lo firmó sin conocer de qué se trataba, ya que hizo parte de unos documentos que le entregaron en un empleo que tuvo por tres meses en 1994 pero que, luego de eso, siempre cotizó al ISS como trabajador del Hospital San José y luego como independiente, además, de que según certificación expedida por COLPENSIONES en 2015 era afiliado activo a dicho fondo. No acogió el argumento del apoderado del actor respecto de la existencia de una afiliación tácita a COLPENSIONES por los aportes realizados desde 1994 hasta 2015, por cuanto se demostró que si existió afiliación a COLFONDOS, fondo en el que

reposan actualmente sus cotizaciones, por lo que la teoría acogida es la de la ineficacia del traslado.

Sobre la excepción de prescripción adujo que no procede en el caso, por cuanto se discute una situación que hace parte al derecho a la seguridad social, el cual es imprescriptible e irrenunciable y sobre el cálculo de rentabilidad allegado por COLPENSIONES encontró que al declarar la ineficacia de la afiliación no se genera una descapitalización del sistema pensional, ya que el actor efectuó sus aportes en debida forma y no se evidencia un detrimento patrimonial, por lo que declaró no probada esa excepción y las que se pretenden probar con dicho cálculo; dadas las resultas del proceso las demás excepciones las declaró no probadas.

Al no intervenir COLPENSIONES en el acto que se declaró ineficaz y a pesar de presentar oposición a las pretensiones de la demanda, condenó en costas y agencias en derecho solamente a COLFONDOS, por ser el que ocasionó el acto que se declara ineficaz.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó que no se probó la existencia de alguno de los vicios del consentimiento consagrados en el Art. 1740 del Código Civil, además, que conforme al Decreto 2240 de 2010 es deber del consumidor financiero informarse sobre el funcionamiento de las entidades a la que está afiliado. Trajo a colación un pronunciamiento de esta Corporación (2018-0445) en el que se menciona la imposibilidad de trasladarse de régimen en virtud de la prohibición de la Ley 797/2003, indicó que con la decisión del A-quo se presenta una descapitalización del sistema general de pensiones al tener que responder por prestaciones de personas que nunca estuvieron afiliados al RPM con los aportes de afiliados que si han cotizado en el sistema.

COLFONDOS: Expuso su inconformidad respecto de la orden de devolver los valores descontados por gastos de administración, por cuanto considera que son descuentos autorizados por disposición legal, además son producto de la buena gestión realizada por el fondo privado, por lo cual, solo deben devolverse los aportes y rendimientos generados. Indicó que al ordenarse la devolución de dichos valores de manera indexada se está condenando al fondo privado por unos daños y perjuicios no solicitados en el proceso y la actualización monetaria se causa con los rendimientos generados por la buena administración de los recursos del actor y solicitó se evalúe nuevamente el cálculo de rentabilidad allegado por COLPENSIONES.

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

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión en razón a que está ajustada a los pronunciamientos jurisprudenciales y no hay lugar o causa en la cual no se deba aplicar dichos postulados.

Parte demandada:

COLFONDOS: Guardó silencio.

COLPENSIONES: En síntesis adujo que el traslado fue plenamente valido, que no se demostró la ocurrencia de vicios del consentimiento, que el actor está inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003 y que al ordenar una ineficacia pasando por encima dicha prohibición se genera una descapitalización del sistema pensional, por lo que pidió se revoque la decisión de 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 ineficacia del traslado de régimen y la condena a restituir las sumas de gastos de administración y seguro previsional.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 36 del archivo 02 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 16 de marzo de 2020 y la consecuente respuesta negativa del fondo público, visible a folios 37 a 39 del archivo 02, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al RAIS y que suscribió formulario de afiliación con COLFONDOS el 25 de abril de 1994, tal como se denota del documento que reposa a folio 4 del archivo 02 del expediente digital, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP 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 retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante el 25 de abril de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador (en este caso COLFONDOS), pues

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"

cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, contrario a lo que afirma COLPENSIONES en su recurso, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, como lo pretende hacer ver el apoderado de COLPENSIONES.

Nada de lo anterior demostró COLFONDOS S.A., ya que se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero, sin embargo, conforme al interrogatorio de parte absuelto por el actor, dicha afirmación es totalmente contraria a la realidad, por lo cual, la Sala cita lo declarado por el demandante CAMILOHERNANDEZ DE ALBA, quien indicó que es médico ginecobstetra Y al ser consultado por el A-quo respecto de las circunstancias que motivaron el proceso manifestó que al terminar sus estudios en la Universidad del Rosario ingresó a trabajar como médico especialista en el Hospital San José por un año, época en que estuvo afiliado al ISS y posteriormente pasó a trabajar por unos 3 meses en una entidad privada llamada "Métodos diagnósticos", entidad que en ese momento dependía de Cafesalud medicina prepagada donde allí firmó una serie de documentos para su ingreso; luego, viajó al exterior a realizar una especialización y al retornar, volvió a vincularse laboralmente con el Hospital San José, momento en el que la institución retomó las cotizaciones al ISS, ya que a esa entidad se había afiliado antes de viajar al exterior, por ello, el Hospital efectuó las cotizaciones a pensión aproximadamente por 8 años y una vez se volvió

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

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

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

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

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

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

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

independiente realizó las cotizaciones mensuales a través de la planilla, con lo cual, cotizó aproximadamente veinte años al fondo público sin ningún inconveniente.

Expuso que en el 2015 solicitó una certificación a COLPENSIONES, quienes indicaron que su estado era "Activo cotizante", por lo cual, siguió realizando las cotizaciones hasta que cumplió 52 años, momento en el que su secretaria le indicó que COLPENSIONES rechazó el pago del aporte y al averiguar la razón, se enteró que figuraba afiliado a COLFONDOS, por lo que, le manifestaron que debía iniciar a partir de ese momento a cotizar en dicho fondo. Procedió a revisar documentos en su poder y allí encontró lo que denominó "una planilla" firmada por él el 25 de abril de 1994, en la cual, se autorizaba el traslado de su cuenta de pensiones a COLFONDOS, documento que, indicó, firmó junto a los demás documentos al ingresar a la entidad privada que hacía parte de Cafesalud. Aclaró, que, si es su firma, pero que la letra con la que diligenciaron la planilla no es la suya y que en ningún momento recibió información alguna de ese documento, el cual suscribió bajo la convicción de que hacía parte de los documentos que requería para iniciar su vinculación con ese empleador privado.

Manifestó que al momento de firmar ese formulario no intervino ningún asesor de COLFONDOS; que el formulario se lo entregó junto con otros documentos para su vinculación la persona encargada de recursos humanos del empleador privado "Estudios e inversiones médicas S.A.", que la información que reposa en el formulario es correcta y la suministró al momento de vincularse a la empresa, pero que no fue informado sobre el contenido del formulario y tampoco sobre los demás documentos que firmó en ese momento. Adujo que no recibió ningún extracto por parte de COLFONDOS, **reiteró que las cotizaciones siempre fueron realizadas al ISS hoy COLPENSIONES hasta los 52 años,** momento en el que se las rechazaron y le dijeron que debía cotizar a COLFONDOS por existir una afiliación vigente con esa entidad.

Una vez verificada la declaración rendida por el actor y al efectuar una valoración conjunta de los demás medios probatorios, no hay duda que COLFONDOS no demostró que le expuso al demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de que no realizó una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, aun cuando llevaba recién tres meses de iniciar sus cotizaciones al sistema general de pensiones; es más, ni siquiera se presentó un asesor al momento del traslado por parte del fondo privado, porque, como el actor lo afirmó, el formulario de afiliación le fue entregado para firmar junto a otros documentos al iniciar su vinculación con Estudios e Inversiones Médicas, sin mediar intervención alguna de ningún funcionario de COLFONDOS. Por lo tanto, a consideración de La Sala la falta evidente al deber de información no se subsanó, ni se saneó de ninguna forma.

Se debe tener en cuenta que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral

de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la Ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4426 de 2019 al indicar:

*“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”.*

Adicional a lo anterior es de tener en cuenta que no obstante haberse efectuado el traslado a la AFP demandada el 25 de abril de 1994 (fl. 4 anexos archivo 2 expediente digital) el demandante continuó afiliado a COLPENSIONES como lo acredita con el certificado expedido por COLPENSIONES que obra a folio 8 del mismo archivo, que legitima su vinculación como “activo cotizante” el 19 de noviembre de 2015 y con el Resumen de semanas de cotizaciones expedido por COLPENSIONES el 15 de agosto de 2017 conforme al cual cotizó al RPM hasta el 1º de abril de 2017 (folios 10 a 12 del mismo archivo). Es decir que existió una multifiliación, lo que sucede cuando un trabajador está afiliado a los dos regímenes pensionales simultáneamente.

Sobre este aspecto el Decreto 3995 de 2008, establece criterios para identificar y resolver la situación de Multifiliación señaló que sería válida la vinculación efectuada a la administradora en la que la persona haya realizado el mayor número de cotizaciones entre el 1º de julio y el 31 de diciembre de 2007 y en este caso, acorde con el resumen de semanas de cotización ya mencionado, el demandante durante este periodo, segundo semestre de 2007, únicamente efectuó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES por lo que estaría válidamente afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES.

⁵ “ Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

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

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

(...)

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

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

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

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, que deben ser entregados de forma indexada, y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera del fondo público (SL2877-2020).

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

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el veintitrés (23) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES**. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cada una.

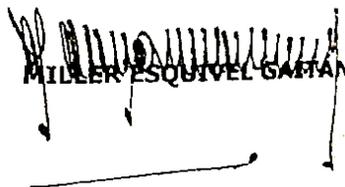
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA CÁRDENAS DE MENDOZA
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Rad.
2020 00466 01 Juz 35.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

PATRICIA CÁRDENAS DE MENDOZA demandó a la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 30 de octubre de 1962. Cotizó al ISS un total de 341,57 semanas, desde octubre de 1987 hasta abril de 1994. Se traslado al RAIS a través de la AFP Porvenir en 1994, posteriormente en julio de 2002 se afilió a Colfondos S.A. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El 31 de agosto de 2020, radicó derecho de petición ante Colfondos S.A. mediante el cual solicitó la declaración de ineficacia de

la afiliación y el retorno al RPM, que fue despacha de forma negativa por parte del fondo de pensiones. El 6 de agosto de 2020 elevó reclamación administrativa ante Colpensiones, quien manifestó en su contestación la imposibilidad de realizar la nulidad de traslado del RPM al RAIS. La simulación pensional en el RPM con base en la Ley 797 de 2003 equivaldría a la suma de \$3.910.853.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las demandadas 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 fecha de nacimiento, las cotizaciones efectuadas al ISS, las semanas cotizadas en el RPM, el derecho de petición presentado ante Colpensiones, la respuesta de Colpensiones a la solicitud radicada por el actor.
- Formuló como excepciones de fondo; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ninguno de los hechos.
- Propuso como excepciones de fondo; falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y genérica.

PORVENIR S.A., dio su contestación tal y como se puede observar en la contestación de la demanda visible en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones
- En cuanto a los hechos aceptó; el derecho de petición radicado por el demandante y la contestación de Porvenir S.A.
- Formulo como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP Porvenir, de fecha 13 de abril de 1994. Ordenó a Colfondos S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores por concepto de aportes, bonos, rendimientos e intereses causados y a Colpensiones le ordenó aceptarlo. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su deber frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Recurso de apelación

COLPENSIONES: Manifiesta que no le asiste derecho a la demandante a la declaratoria de ineficacia de la afiliación y Colpensiones como tercero ajeno al acto de afiliación no puede asumir las consecuencias de la falta del deber de información por parte de la administradora de pensiones. Señala que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte rendido en juicio, que tenía conocimiento de los requisitos para acceder a la pensión en el RPM. Indica que no se puede analizar la validez de la afiliación partiendo de supuestos normativos que surgieron de forma posterior al traslado efectuado. La presente decisión puede generar la descapitalización del sistema pensional.

AFP COLFONDOS: Afirma que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por la demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber de información, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la actora. Manifiesta que tampoco se determinó la existencia de algún vicio del consentimiento. Solicita revocar la condena de la devolución de los gastos de administración, comisiones y demás sumas, comoquiera que resulta improcedente con base en la teoría de las restituciones mutuas. Señala que la AFP siempre ha actuado de buena fe en ejercicio de su gestión de administración y que la presente decisión pone en riesgo su patrimonio, viola los

principios del sistema general de pensiones y genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

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

Parte demandante: Afirma que existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, conforme a la línea jurisprudencial. De otra parte, reitera que los fondos pensionales no demostraron que otorgaron una información amplia, clara, precisa y suficiente de las ventajas y desventajas de ambos regímenes.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** Guardó silencio en esta etapa procesal.
- **PORVENIR S.A.:** Manifiesta que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por la demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación de la demandante. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen, pues ninguna norma así lo exigía, si se tiene en cuenta que esos requerimientos surgieron con posterioridad. Asimismo, es pertinente señalar que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó a PORVENIR, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Es decir, que la demandante no contaba con ningún limitante para retornar al RPM, no obstante, decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria.
- **AFP COLFONDOS:** guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 6 de agosto de 2020 (expediente digital), con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 29 de julio de 2002 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital), luego de haber estado afiliada a Porvenir S.A. desde el 13 de abril de 1994 (expediente digital).

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el 13 de abril de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Patricia Cárdenas de Mendoza en su interrogatorio de parte relató que se trasladó al RAIS en 1994, luego de haber cotizado 7 años en el ISS. Estaba trabajando en el fondo de empleados Corporación de Ahorro y Vivienda Las Villas. En 1994 se dio el cambio de administrar las cesantías y cotizaciones a pensión dentro de la empresa, y en ese momento se acercó uno de los asesores de Porvenir hasta la oficina y le entregaron el formulario de afiliación; ese mismo día le informaron acerca del surgimiento de los fondos privados que serían los únicos que iban a administrar el sistema pensional. La afiliaron a Porvenir que era el fondo de preferencia de la empresa para la que trabajaba, solo le hicieron llenar el formulario sin brindarle suficiente información y limitándose a la ilustración de los beneficios de afiliarse a la AFP. Acepta que firmó de forma libre y voluntaria, pero que era un formulario que solo traía datos personales. Expresa que se trasladó a dos fondos;

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

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

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

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

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

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

Porvenir en el año 1994 y Colfondos en el 2002 y al cual estuvo afiliada por 18 años a raíz de que comenzó a trabajar con una nueva empresa. Indica que el formulario de afiliación a Colfondos fue diligenciado por una persona encargada de la compañía y tuvo acceso únicamente para firmarlo. En las asesorías no le informaron acerca de la posibilidad de retornar a Colpensiones ni el monto de la mesada pensional o el ahorro básico para acceder a una pensión. La motivación de su traslado se dio en virtud a que no tenía conocimiento de la existencia de otros fondos pensionales y la empresa solo le dio a conocer la AFP Porvenir ante el supuesto rumor que el ISS se iba acabar. Se enteró de la posibilidad de retornar a Colpensiones cuando se acercaba al cumplimiento de los requisitos para pensionarse.

conforme lo anterior, encuentra la Sala que contrario a lo afirmado por Colpensiones de que la actora conocía plenamente los requisitos para pensionarse en ambos regímenes, es evidente que la administradora de pensiones no brindó a la demandante una información objetiva, clara y suficiente. Se observa que lo dicho por Porvenir S.A. al momento de la afiliación acerca de la extinción del ISS, es una afirmación falsa y sin sustento probatorio, la cual podía causar zozobra, inquietud y temor en el usuario del sistema pensional. Así las cosas, se vislumbra una intención de disfrazar y acomodar la información para hacerla más atractiva ante el potencial afiliado. Por lo anterior, no se puede deducir un consentimiento informado a partir de una asesoría vaga que se limitó al suministro de información básica y datos generales para el lleno de formalismos que permitían la activación de la afiliación pero que no significaba efectividad en el manejo de la información por parte de Cárdenas de Mendoza para tomar la decisión más óptima para su futuro pensional.

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

La AFP Porvenir, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las

previsiones del Dto. 692 de 1994. Sin embargo, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el cálculo del IBL de la demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de brindar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, ya que contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, pues se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Respecto a lo afirmado por los recurrentes sobre la exigencia de una prueba a cargo de las AFP que no corresponda a la normatividad vigente al momento del traslado, se reitera que el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que dé cuenta de ello, sin limitar el medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa. Resulta prudente traer a colación la sentencia *CSJ SL 3871 del 25 de agosto de 2021*, la cual precisó;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Devolución de los gastos de administración

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

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones, de la cual no se desconoce su injerencia como tercero ajeno al acto de afiliación, pero que pese a ello debe recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁴) y evitar un enriquecimiento sin justa causa.

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

COSTAS

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

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho, para cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de octubre 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 las recurrentes. Fíjense la suma de Un millón de pesos (\$1.000.000) como agencias en derecho, para cada una de ellas.

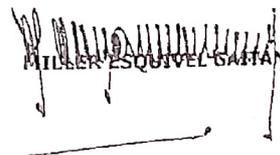
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA CLAUDIA PATRICIA SAÑUDO OTERO CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2021 00249 01 Juz 23.

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DORA CLAUDIA PATRICIA SAÑUDO OTERO demandó a la **AFP PORVENIR, AFP PROTECCION y COLPENSIONES**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital. (fl. 6 a 7 Nral. 1 demanda)

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Condenar a PROTECCIÓN S.A. a trasladar los aportes de la demandante a Colpensiones junto con los bonos y rendimientos causados.
- Se ordene a COLPENSIONES a recibir como afiliada a la demandante
- Se condene a PROTECCIÓN S.A. al pago de perjuicios morales
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital (fl.1 a 6 Nral. 1 demanda). Nació el 7 de abril de 1963. Efectuó aportes en el ISS a partir de marzo de 1985 hasta septiembre de 1994. Se trasladó al RAIS mediante la AFP DAVIVIR el 14 de septiembre de 1994 y por trámite interno entre fondos a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A el 8 de agosto de 1996, en abril de 1997 se trasladó a PORVENIR

S.A. y posteriormente en mayo de 2005 a PROTECCIÓN S.A. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del RAIS. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El 8 de agosto de 1996 se afilió en la AFP PROTECCION, para eventualmente se realizaron varios traslados como en abril de 1997 a PORVENIR y en mayo de 2005 a PROTECCION. El 2 de febrero de 2021, recibió asesoría por la AFP PROTECCION y se radicó solicitud de traslado ante COLPENSIONES. El 3 de febrero de 2021 solicitó ante COLPENSIONES la nulidad de traslado. En igual sentido radicó petición de la anulación de la afiliación a PROTECCION y presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES. Las entidades dieron respuesta indicando que la solicitud es improcedente por estar inmersa en la prohibición legal toda vez que esta próxima a cumplir la edad de pensión.

Actuación Procesal

Admitida la demanda el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad, corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en el numeral 8º del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos acepto la fecha de nacimiento de la demandante, la solicitud ante Colpensiones y la respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema – Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

LA AFP PROTECCION dio respuesta en el escrito visible en el numeral 6º del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación a Colfondos S.A., la solicitud ante el fondo de pensiones y la respuesta emitida.
- formuló excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y la falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, innominada o genérica.

LA AFP PORVENIR contestó la demanda como se observa en el numeral 5 del expediente digital, de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, el traslado de régimen y negó o manifestó que no le constan los demás
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 13 de diciembre de 2021 en la cual dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante a las AFP demandadas y condenó a la AFP PORVENIR S.A.S a trasladar todos los valores que hubiere recibido entre el 1º de junio de 1997 al 31 de marzo de 2005 como cotizaciones, bonos pensionales saldos en la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses con los rendimientos causados sin descuento alguno, pero autorizó a efectuar el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCION con ocasión del traslado efectuado el 1º de abril de 2005. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora con frutos e intereses y rendimientos causados sin descuento alguno por administración o cualquier otro concepto debidamente indexados. Declaró que la demandante se encuentra al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES. Declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP no desplegó su obligación frente a la carga de la prueba, pues no demostró haber cumplido con el deber de información y buen consejo en los términos establecidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, lo que constituye una nulidad al momento del traslado de régimen, además de que ninguna de las demandadas acreditó haber cumplido con la carga probatoria de demostrar que había brindado información completa y suficiente a la demandante ya que el solo formulario de afiliación que no es suficiente para acreditar el cumplimiento del mencionado deber. Encontró no probadas las excepciones propuestas y respecto a la excepción de prescripción señaló que por discutirse en estos casos lo atinente al derecho a la seguridad social, el cual es irrenunciable e imprescriptible, no era dable declarar probada esta excepción.

Recurso de apelación

La AFP PROTECCION: Interpuso recurso de apelación respecto a la devolución de los gastos de administración y gastos de seguros para lo que argumentó que el artículo 20 de la Ley 100 señala que tanto como las administradoras del régimen público como del privado tienen derecho a hacer descuentos sobre los aportes de los afiliados con el fin de cubrir unos riesgos del seguro previsional y gastos de administración.

AFP PORVENIR: Argumenta en su recurso que se cumplió con el deber de información bajo la normatividad vigente para la época en la cual no se exigía el carácter escritural del mismo si no hasta la el Decreto 2241 de 2010, el Decreto 2071 de 2015, la Ley 1748 del 2014. Por lo tanto, no se debe entender que dicho cumplimiento se realice acorde a esta normativa; menciona que del interrogatorio de la parte actora se pueden extraer una serie de confesiones, en el sentido de que si se brindó una información en el traslado primigenio sobre unas características del RAIS, dando como entendido la teoría de los actos de relacionamiento. Artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994 en los cuales se establecía el deber de información.

COLPENSIONES: Manifiesta que el valor de la mesada pensional no es motivo suficiente para declarar la ineficacia; no se demostró ningún vicio del consentimiento o dolo en el acto de afiliación y que la decisión genera la descapitalización del sistema general de pensiones.

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

Parte demandante: Solicitó se confirme la decisión por cuanto se demostró la falta al deber de información por parte del fondo privado conforme a los postulados de la SL CSJ.

Parte demandada

COLPENSIONES: Solicitó en síntesis la revocatoria de la decisión por cuanto se demostró que el traslado es válido, además, la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003.

AFP PORVENIR: Pidió se revoque la decisión en razón a que el traslado fue válido y se cumplieron con los deberes que le asistían al fondo privado para la época del traslado de la demandante.

AFP PROTECCION: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 2 de febrero de 2021 (fl. 13 numeral 2l anexos de la demanda expediente digital) y la respuesta negativa por parte de COLPENSIONES que obra a folio 40 del mismo archivo, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 14 de septiembre de 1994 a DAVIVIR (fl. 56 archivo No. 2 Anexos), y que posteriormente efectuó traslados entre AFP donde actualmente se encuentra afiliada con la APF PROTECCIÓN desde el 20 de mayo de 2005 (fl. 55 del mismo archivo)

Validez del traslado de régimen

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

Al respecto, si bien la actora el 14 de septiembre de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR, con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, con la cual cumpliría con los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994², 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.

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 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;

que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas³ y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, 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 (SL3034-2021⁴, SL3035-2021), a la cual le corresponde

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)

³ *"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"*

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"*

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

Nada de lo anterior demostraron las AFP demandadas, ya que se limitaron a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero las entidades demandadas no demostraron ni aclararon si le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban aproximadamente 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera algunas de las características del RAIS o del RPM, como lo pretende la AFP al indicar que del interrogatorio de parte se puede acreditar la confesión pues ella solo manifestó conocer algunos aspectos que no son relevantes para tomar la decisión pues no conocía las posibilidades de retracto o el término con el que contaba para volver al RPM como tampoco los aspectos que no le beneficiaban; además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS ni los traslados horizontales entre fondos acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

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"

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y**, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Respecto del argumento de COLPENSIONES en relación a que no se demostró vicio del consentimiento es de tener en cuenta que la ineficacia del traslado se da por la falta de información por parte de la AFP al momento de traslado del régimen de prima media, lo que está claramente demostrado en este caso, lo que no atenta contra los principios de seguridad jurídica y confianza legítima pues es menester indicar que dicha declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, sino que se encuentra fundamentada en la línea jurisprudencial, sin que por ello de discuta beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador, por ende, al no estar demostrada la información clara y suficiente al momento del traslado procede la ineficacia declarada

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 y seguro previsional, impartida en contra de las AFP PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues

por el contrario no haberlo hecho 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 contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) a cada una.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de diciembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones y las AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas.

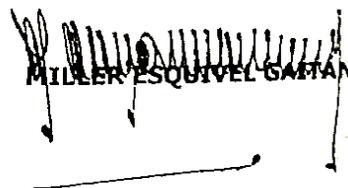
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL SARTÁN

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 VICTORIA EUGENIA POSADA MARTÍNEZ CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 2021 00254 01 Juz 31.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

VICTORIA EUGENIA POSADA MARTÍNEZ demandó a la AFP COLFONDOS y COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 2 de abril de 1964. En la actualidad tiene 1467 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones. Se trasladó a Colfondos S.A. el 12 de septiembre de 1994. Al momento de la asesoría no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen, así como las características propias del régimen de ahorro individual. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un

análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le dijo de la disminución que se vería reflejada en su mesada pensional. El 10 de mayo de 2021 radico derechos de petición a la AFP Colfondos su autorización de traslado al RPM, así mismo elevo solicitud de afiliación a Colpensiones, petición de la cual nunca obtuvo respuesta por parte de la entidad. El 7 de abril de 2021 Colfondos S.A. le entrego una simulación pensional y el valor ahorrado en la cuenta individual correspondiente a \$349'382.562 y con el valor del bono pensional (\$133' 629.633), su mesada pensional podría acceder teniendo a \$1.851.197. Con ese mismo IBL en el RPM le correspondería una mesada pensional de \$3.800.990.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las demandadas 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 fecha de nacimiento de la demandante, la densidad de semanas cotizadas, el traslado efectuado a Colfondos S.A., la afiliación actual a la AFP Colfondos, la relación de semanas cotizadas de aportes pensionales entregada por Colfondos S.A. y la simulación pensional.
- Propuso como excepción previa; no agotamiento de la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de fondo; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

La AFP COLFONDOS S.A., contestó en los términos del escrito visibles en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación actual a la AFP Colfondos y la respuesta de fondo ante la petición radicada por la demandante.
- Formulo como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, 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, 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 absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al tener en cuenta que la AFP acreditó el cumplimiento del deber de información según lo exigido en la normatividad vigente al momento del traslado, resaltó que la actora en su interrogatorio dijo que contaba con la información mínima necesaria para tomar su decisión, sabía por ejemplo los requisitos para pensionarse en cada régimen, la demandante conocía de la existencia de una cuenta individual que le generaba rendimientos, resaltó que en el año 1994 no se exigía la doble asesoría, y que desde esa anualidad la demandante decidió hacer siempre todos sus aportes al RAIS. Finalmente, se aparta de lo expuesto por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues la misma señala que se debe estudiar cada caso en particular, y como quiera que las situaciones fácticas, así como las pruebas traídas al proceso difieren de los casos estudiados por el alto tribunal, para el caso objeto de estudio no se accede a las pretensiones.

Recurso de apelación

La parte demandante inconforme con la sentencia manifiesta que brilla por su ausencia el material probatorio que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos S.A. sin que el formulario suscrito por Victoria Eugenia Posada sea prueba suficiente de ello, toda vez que es un formato preestablecido que se limita a plasmar datos básicos y generales. Reitera que a la demandante no le informaron acerca de las desventajas o efectos negativos al

trasladarse de régimen pensional. En el presente la actora tuvo acceso a una simulación pensional hasta el 17 de abril de 2021, siendo claro que en la afiliación inicial fue inducida a cambiarse de régimen mediante engaños y propuestas atractivas que motivaron una decisión que, aunque fue voluntaria y libre no estuvo revestida por un consentimiento debidamente informado. Indica que no le mostraron un plan de pensiones, comparativos o proyecciones que le permitieran tomar la decisión más optima. Resalta que la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha indicado que el deber de información siempre ha existido y comprende todas las etapas de la afiliación.

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

Parte demandante: Afirma que de las pruebas obrantes en el proceso no se avizora que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A., haya cumplido con la obligación de suministrar a la afiliada la información que le permitiera entender las consecuencias de dicho traslado, lo que de entrada lleva a inferir el incumplimiento de lo dispuesto en los arts. 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y al deber de información al que hizo referencia la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 31989, 9 sep. 2008. Tampoco se garantizó que la información suministrada por la AFP a la demandante, estuvo orientada por un consentimiento informado, es decir, no se acreditó que la decisión que adoptó estuvo provista de la información necesaria, suficiente, cierta, clara y oportuna, dado que desconocía la incidencia que su decisión tendría, en cuanto a los requisitos, modalidades, características, condiciones de acceso, beneficios, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas, entre otros aspectos atinentes a la adquisición de beneficios pensionales a futuro, dentro del régimen de ahorro individual, en comparación con el régimen de prima media con prestación definida.

Parte demandada

- **COLPENSIONES:** Manifiesta que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que la demandante fue informada por el fondo al que se encuentra afiliada el cual suministro la información veraz y completa a cerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no

se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aporte en pensión, no fue obligada ni muchos menos se ejerció presión o fuerza para que se trasladara y por ultimo referente al dolo el cual es de resaltar que el mismo no se presume sino que se prueba, no hay prueba idónea y contundente que el asesor de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño la indujo al traslado.

- **COLFONDOS S.A.:** Guardó silencio en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 11 de mayo de 2021 con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al RAIS desde el 12 de septiembre de 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP Colfondos (expediente digital).

Validez del traslado de régimen

En cuanto a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 12 de septiembre de 1994 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora 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.

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)

Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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

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

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

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

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

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

además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Victoria Eugenia Posada Martínez rindió interrogatorio de parte en el que relato que se trasladó al rais en el año 1994, data para la cual firmó el formulario de afiliación a Colfondos S.A. En el ISS empezó a cotizar en 1985. El traslado se efectuó a raíz de una visita por parte de los asesores del fondo de pensiones a la empresa. Manifiesta que la afiliación se hizo de forma libre y voluntaria, así como lo indica el formulario suscrito, pero sin el pleno conocimiento de los beneficios o desventajas de afiliarse la AFP Colfondos. Los asesores se presentaron a la compañía afirmando que el ISS se iba a extinguir y por ende corrían un riesgo las semanas cotizadas en dicha entidad, por lo anterior y ante el miedo decidió trasladarse para asegurar su futuro pensional. A lo largo del tiempo recibió extractos por medio de correo electrónico tan solo a partir del año 2019 y de vez en cuando llegaban en físico los extractos a su casa. En el mes de abril del 2021, comenzó a indagar respecto al monto de su mesada pensional y quedó decepcionada al enterarse del porcentaje correspondiente. No realizó ningún aporte voluntario. No tenía conocimiento que los aportes ingresaban a una cuenta individual. Informa que solo tiene conocimiento del descuento por pensiones, el cumplimiento de las semanas mínimas requeridas y la edad para acceder a la pensión. Afirma que en los pocos extractos que revisó, había un cuadro que mostraba los rendimientos generados, el número de semanas

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

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

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

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

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

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

acumuladas y el porcentaje del descuento mensual pero no entendía dicha información. Tiene conocimiento que son 1300 semanas y 57 años para acceder a la pensión. Relata que fue la asesora de Colfondos S.A. quien diligenció el formulario de afiliación y posteriormente ella se limitó a firmar el documento y aportar la información de su familia, ya que eran datos necesarios para que en caso de muerte ellos como beneficiarios pudieran reclamar la pensión.

Conforme lo anterior, encuentra la Sala que contrario a lo afirmado por la A quo respecto al cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, es evidente que la administradora de pensiones no brindó a la actora una información objetiva, clara y suficiente. Se observa que lo dicho por Colfondos S.A. al momento de la afiliación de la demandante acerca de la extinción del ISS y posible pérdida de las semanas cotizadas hasta ese momento, es una afirmación falsa y sin sustento probatorio, la cual podía causar zozobra, inquietud y temor en el usuario del sistema pensional. Así las cosas, se vislumbra una intención de disfrazar y acomodar la información para hacerla más atractiva ante el potencial afiliado. De otra parte, no es de recibo para esta Sala la conclusión a la que arribó la juzgadora de primera instancia, en cuanto a que la demandante tiene pleno conocimiento de las características del RAIS, en razón a que aportó la información de sus familiares como beneficiarios en caso de muerte, toda vez que estos datos son exigidos por el formulario que fue suscrito por la asesora del fondo pensional, el cual es un formato preestablecido y Posada Martínez únicamente tuvo acceso al mismo para colocar su firma, por ende no se puede deducir un consentimiento informado a partir de una asesoría vaga que se limitó al suministro de información básica.

En consecuencia, la AFP Colfondos no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, pese a que también fue allegada la solicitud de afiliación (expediente digital) con la firma de la demandante consignada, pues ésta no es prueba suficiente para acreditar un consentimiento debidamente informado. En el asunto la AFP no demostró haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC. O cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. Se recuerda 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, sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

La AFP Colfondos, se limitó a manifestar que brindó una asesoría clara, precisa y suficiente en cuanto a las ventajas y desventajas del traslado y que cumplió con las previsiones del Dto. 692 de 1994. No obstante, no encuentra esta Sala la realización de proyección de mesada pensional, tampoco el cálculo de la tasa de reemplazo en una y otra administradora y el cálculo del IBL de la demandante. Información que debió ser suministrada al momento del traslado, no posterior al mismo, como quiera que es un elemento que permite inferir el cabal cumplimiento del deber de información, al ilustrar al afiliado para que tomara la decisión más óptima aplicable a su caso en particular. Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de informar características generales de cada régimen pensional o trasladarse de AFP, pues contar con tal información sin la proyección real del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, ya que es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. Es preciso recordar que el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, ya que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia *CSJ SL 3871 de 2021*, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Respecto a la exigencia probatoria a cargo de las AFP de acuerdo a la normatividad vigente al momento del traslado, se reitera que el deber de información es una obligación que existía desde la creación del sistema de seguridad social y que, en virtud de la inversión de la carga de la prueba, le corresponde a la administradora de pensiones aportar el material probatorio que dé cuenta de ello, sin limitar el

medio de prueba que se pretenda hacer valer en su defensa. Resulta prudente traer a colación la sentencia CSJ SL 3871 del 25 de agosto de 2021, la cual precisó;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689- 2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria"

Con base en lo anterior, la AFP Colfondos no demostró que su actuar se ajustó al deber de información en el momento de la selección del régimen que exige la SL CSJ el cual siempre ha existido (SL1452-2019) y es por esto, que no basta con la manifestación de la demandada al aseverar que cumplió con tal deber, pues su actuar debía ser demostrado, para lo cual hubiera bastado con acreditar el suministro de un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, la proyección del monto de su pensión actuando el mismo IBC, o informar cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaba 28 años para alcanzar la edad de pensión, garantizando de esa manera una afiliación libre y voluntaria.

De otra parte, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del

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

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

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

(...)

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

traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo preciso la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“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”.*

Así las cosas, es evidente que a la actora 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 VICTORIA EUGENIA POSADA MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual efectuada el 12 de septiembre de 1994 a la AFP Colfondos S.A. (expediente digital) decisión que conduce a su regreso automático al régimen de prima media administrado por Colpensiones.

Consecuencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional

Como quiera que la declaratoria de nulidad de la afiliación que la actora efectuó al RAIS, trae consigo la devolución de todos los dineros que se causaron por motivo de tal afiliación, los rendimientos de los aportes en su cuenta individual y los gastos de administración, conforme lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, se tiene

pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

que el fondo pensional del RAIS debe devolver a nombre de la actora al RPM los aportes por pensión, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones causados. En consecuencia, como quiera que actualmente la actora se encuentra vinculada con la AFP COLFONDOS S.A., ésta tiene el deber de devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen, es de resaltar que no puede exigírsele a la demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace 28 años tomó esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

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

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2021, la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, para en su lugar **DECLARAR** la nulidad del traslado de VICTORIA EUGENIA POSADA MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 12 de septiembre de 1994 a la AFP COLFONDOS S.A. y como consecuencia **ORDENAR** su regreso al régimen de prima media con prestación definida hoy administrado por COLPENSIONES, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

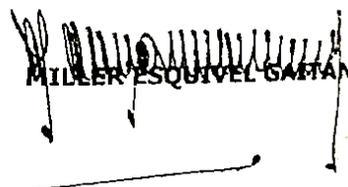
SEGUNDO.- CONDENAR a la entidad demandada **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** como actual administradora de la actora, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES la totalidad de los valores que hubieren recibido y se encuentren en su poder con motivo de la afiliación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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUCÍA HERNÁNDEZ ULLOA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 – 0447 01 Juz. 05.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARTHA LUCÍA HERNÁNDEZ ULLOA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 9 y 10 del archivo 003 del expediente digital.

PRETENSIONES PRINCIPALES

- Nulidad del traslado del régimen de prima media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por PORVENIR.
- Devolución de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

PRETENSIÓN SUBSIDIARIA

- Ineficacia del traslado de régimen.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 al 9 del archivo 003 del expediente digital. Nació el 7 de marzo de 1964, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde enero de 1989 hasta marzo de 2002 un total de 516.57 semanas al RPM. Se trasladó a PORVENIR el 01 de abril de 2002, oportunidad en la que no recibió información oportuna, clara, concreta y suficiente sobre las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, ni por parte de PORVENIR y menos de COLPENSIONES, lo que la indujo en un error y generó un incumplimiento por parte de PORVENIR de lo estipulado en el Decreto 656 de 1994. A corte del 14 de mayo de 2019 había cotizado 810.42 semanas en PORVENIR, que sumadas a las cotizadas en el RPM da un total de 1.327 semanas.

Se acercó a PORVENIR para saber su saldo y valor de pensión, y luego de ello concluyó que era más favorable haber continuado en el R.P.M. pero al momento del traslado ninguna entidad le brindó la información necesaria. El 28 de abril de 2020 radicó ante COLPENSIONES derecho de petición rad. 2020_4505888, en el que solicitó la nulidad del traslado por falta de información, petición de la que no recibió respuesta. El 29 de abril de 2020 radicó derecho de petición ante PORVENIR mediante correo electrónico, en el que solicitó la nulidad del traslado, solicitud que el fondo respondió de manera negativa mediante escrito No. 0100223025346000 porque a su juicio no existió vicio alguno en el traslado de régimen pensional y la declarar la nulidad era facultad exclusiva de los jueces de la república. Indicó que un perito experto determinó la suma por la cual podría pensionarse en el RPM y en el RAIS, lo cual, permite demostrar que existió una falta absoluta al deber de información al momento del traslado, lo que perjudicó notablemente sus intereses.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad (fl. 1-3 archivo 004 del expediente digital), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 02 a 21 del archivo 007 del expediente digital:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, las cotizaciones efectuadas al ISS, la fecha del traslado a PORVENIR, la responsabilidad de carácter

profesional de COLPENSIONES y PORVENIR, el derecho de petición radicado ante COLPENSIONES, el poder conferido al apoderado de la actora y que se encuentra en término para entablar la acción.

- Formuló como excepciones de mérito las de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el Artículo 48 de la Constitución Política) , buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** En los términos del escrito visible a folios 2 a 33 del archivo 006 del expediente digital.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de noviembre de 2021 puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado por la actora a PORVENIR S.A. y le ordenó al fondo privado trasladar con destino a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES le ordenó recibir dichos valores y actualizar la historia laboral de la demandante.

Llegó a esta determinación al considerar que conforme a los criterios jurisprudenciales el fondo privado faltó a su deber de información, lo que constituye una nulidad al momento del traslado de régimen, además de que PORVENIR no cumplió con la carga probatoria de demostrar que había brindado información completa y suficiente, solo el formulario de afiliación que no es suficiente para acreditar el cumplimiento del mencionado deber. Por discutirse en estos casos lo atinente al derecho a la seguridad social, el cual es irrenunciable e imprescriptible,

no era dable declarar probada la excepción de prescripción. Indicó que la tesis de la AFP de los actos de relacionamiento tampoco podía prosperar, ya que la misma fue formulada por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyos pronunciamientos han venido siendo revocados por las salas permanentes de la Corte, tanto por sentencias de Sala como por sentencias de Tutela. Sobre el interrogatorio de parte absuelto por la actora dijo no extraerse confesión alguna, en razón a que simplemente manifestó que le habían dicho unas ventajas al pasarse al RAIS, ventajas que nunca fueron realmente explicadas ni materializadas aritméticamente. Como consecuencia del resultado del proceso y por ser quien faltó al deber de información, condenó en costas a PORVENIR, fijó como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV e indicó que no es dable condenar en costas a COLPENSIONES por una actuación en la que no tuvo que ver y a fin de evitar el “desangre” de la entidad pública.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Argumentó que el traslado se realizó en una época que no estaba vigente el mandato legal de la doble asesoría, por lo que no puede juzgarse el caso en virtud de normas posteriores. Adujo que las proyecciones pensionales allegadas con posterioridad no acreditan que en su momento se haya faltado al deber de información e hizo referencia a un pronunciamiento jurisprudencial atinente a los actos de relacionamiento que validan la afiliación, además porque la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

PORVENIR: Expuso que el traslado es válido y se cumplió con el deber de información para el momento en que se formalizó el traslado, por lo que no puede juzgarse el traslado a luz de normas posteriores, además, que no se tuvo en cuenta por parte del despacho la calidad de profesional del derecho de la actora, lo cual le hace tener conocimientos suficientes para saber las consecuencias de su decisión.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada:

PORVENIR: Reiteró los argumentos expuestos en su apelación e indicó que no hay ninguna prueba que permita inferir que se ha faltado al deber de información, por lo que no procede ni la declaratoria de ineficacia ni de nulidad del traslado. Hizo mención a la no prosperidad de la devolución de los gastos de administración y seguro previsional.

COLPENSIONES: Reiteró los argumentos expuestos en su recurso y adujo que es un tercero ajeno en el acuerdo entre la demandante y el RAIS, por lo que no puede verse afectado por lo ocurrido con una posible falta de las AFP.

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 del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 136 a 151 del archivo 003 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES radicada el 29 de abril de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS por lo que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR el 19 de febrero de 2002, tal como se deduce del formulario de afiliación que reposa a folio 84 del archivo 006 del expediente digital, afiliación que se hizo efectiva a partir del 1 de abril de 2002, conforme se visualiza de la certificación expedida por la AFP el 24 de julio de 2021 (fl. 83 archivo 006), afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 16 de febrero de 2002, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora 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.

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)

31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se generó un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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

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

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

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

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

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"

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, y si bien la demandante indicó en su interrogatorio de parte que le habían dicho algunas ventajas del RAIS, no fue claro qué ventajas le indicaron, así como tampoco la entidad demostró o aclaró si le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban aproximadamente 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera algunas de las características del RAIS o del RPM, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS, los posibles traslados horizontales entre fondos o los conocimientos académicos y profesionales de la afiliada tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifican o convalidan ninguna situación como lo pretende resaltar PORVENIR, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) **la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.** (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

En atención al argumento de COLPENSIONES respecto de los actos de relacionamiento que convalidan la afiliación al RAIS, es menester recordar en este punto que el cumplimiento al deber de información se verifica al momento del traslado de régimen y no con posterioridad, ya que se debe cumplir con dicha obligación al momento oportuno, por lo que, los actos como actualizar datos, recibir extractos del fondo privado y la misma permanencia en el tiempo en la afiliación al RAIS no validan ni sanean bajo ninguna circunstancia la falta a los deberes que le asistían a la AFP al momento de la afiliación de HERNÁNDEZ ULLOA.

Conforme a las consideraciones anteriores se **CONFIRMA** la decisión de primera instancia.

COSTAS

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

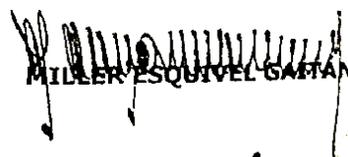
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciocho (18) de noviembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO DE JUAN CARLOS COTRAY ARIAS CONTRA
SEGURIDAD MONTECARLO LTDA. Rad. 2019 - 00678 01 Juz. 09.**

En Bogotá D.C., a los tres (03) días de mayo dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JUAN CARLOS COTRAY ARIAS demandó a SEGURIDAD MONTECARLO LTDA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 83 a 85.

PRINCIPALES

- Se declare un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre las partes desde el 20 de julio de 2016 hasta el 24 de julio de 2019
- Se declare que el contrato terminó con justa causa, encontrándose el demandado con fuero de estabilidad laboral reforzada
- Se ordene el reintegro del demandante al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o mejor jerarquía con el pago de salarios, vacaciones y prestaciones sociales dejados de percibir desde la desvinculación hasta el reintegro efectivo, así como el pago de los perjuicios de orden constitucional equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Se condene al pago de aportes a seguridad social por el tiempo en que el demandante debió continuar vinculado a la empresa demandada
- El pago de una indemnización correspondiente a 180 días de salario al terminar la relación laboral sin la respectiva autorización del Ministerio.
- Pago de subsidio de transporte faltantes por los años 2017 a 2019.
- Indexación

- Facultades ultra y extra petita
- Costas

SUBSIDIARIAS

- Se declare un contrato de trabajo entre las partes desde el 20 de julio de 2016 al 24 de julio de 2019
- Se declare que la terminación del vínculo se dio por culpa del empleador al encontrarse el actor con fuero de estabilidad laboral reforzada
- Reconocer y pagar indemnización a razón de \$1.088.000 como salario básico y el auxilio de transporte a razón de \$97.032
- Se condene a la demandada al pago de los perjuicios del orden constitucional por el despido con violación de los derechos constitucionales por ser una persona en estado de debilidad manifiesta y con fuero de estabilidad laboral reforzada equivalentes a 30 salarios mínimos legales vigentes.
- Reconocer y pagar los conceptos prestacionales por el tiempo que el demandante hubiera seguido prestando sus servicios, tales como prima de servicios, vacaciones, prima de vacaciones cesantías e intereses a las cesantías.
- La sanción del artículo 65 del C.S.T.
- El pago de 180 días de salario por la terminación del contrato sin autorización del Ministerio
- Subsidio de transporte faltante por los años 2017 a 2019
- Indexación
- Facultades ultra y extra petita
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a fls. 80 a 82. El actor fue contratado por la empresa SEGURIDAD MONTECARLO LTDA el 20 de julio de 2016 mediante contrato de obra o labor determinada para desempeñar el cargo de guarda de seguridad con un salario de \$919.300 más auxilio de transporte de \$78.700. La relación terminó son justa causa por parte del empleador mediante oficio del 24 de julio de 2019, no obstante que el actor había sido víctima de un atraco el 11 de diciembre de 2016 cuando se dirigía a cumplir sus funciones por lo que fue sometido a procedimiento quirúrgico por herida con arma de fuego en su clavícula derecha el 18 de diciembre de 2016 con incapacidades posteriores sucesivas para un total de 105 días. Reinició

sus labores el 17 de marzo de 2017 siendo víctima de violencia psicológico y moral por su discapacidad sin concederle permisos para asistir a citas médicas; debido a la limitación de la movilidad de su brazo solicitó de manera verbal en múltiples oportunidades la reubicación y/o reasignación de funciones y de manera escrita mediante oficio de fecha 23 de julio de 2019.

A la terminación del contrato el actor se encontraba en estado de debilidad manifiesta y estabilidad laboral reforzada debido a que tenía pendientes diferentes controles médicos por especialistas en ortopedia y traumatología y de otorrinolaringología debido a la pérdida de audición producto del disparo, los que no fueron atendidos por encontrarse desactivados en el sistema de salud.

La demandada durante los años 2017 a 2019 pagó el subsidio de transporte por valor inferior al estipulado por el gobierno nacional.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de esta ciudad el 5 de diciembre de 2019 (fl. 93) notificado el auto y corrido el traslado respectivo contestó la demandada SEGURIDAD MONTECARLO LTDA en los términos del escrito visible en fls. 184 a 193.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el contrato de trabajo, los extremos, la labor desempeñada, el pago de la liquidación el 8 de agosto de 2019 y negó los relacionados con el salario devengado, la terminación del contrato de trabajo sin justa causa y el fuero de estabilidad laboral reforzada.
- Formuló como excepciones de fondo las de estabilidad laboral reforzada no es absoluta, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo de fecha 14 de julio de 2021 en la que condenó a SEGURIDAD MONTECARLO LTDA a reconocer y pagar a JUAN CARLOS COTRAY ARIAS una indemnización por despido por la suma de \$2.548.821 debidamente indexada a la fecha del pago efectivo.

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido respecto de las pretensiones de reintegro y demás derivados del mismo, el reajuste del auxilio de transporte y la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. y condenó en costas a la parte demandada.

Llegó a esa decisión por cuanto no fue objeto de discusión el contrato de trabajo. En cuanto a la condición de salud del actor tuvo en cuenta la jurisprudencia por lo que analizó si la razón de la terminación del contrato era o no por causa de su condición de salud la que conforme a la prueba documental allegada encontró acreditada respecto a la lesión en la clavícula y en el ojo derecho, para lo que indicó que no es suficiente que al momento de la terminación estuviera en tratamiento médico y en este caso no se presentó restricción médica de orden laboral por lo que las condiciones de salud no eran de tal envergadura que el actor estuviera en una condición de debilidad manifiesta y la solicitud de reubicación no estuvo acompañada de un concepto médico y no se otorgaron incapacidades médica posteriores al 25 de abril de 2017 ni restricción médica para la época del despido o concepto médico en dicho sentido.

Respecto al auxilio de transporte éste se cubre cuando se da la prestación del servicio y en este caso el pago se efectuó el pago de manera completa por los periodos laborados, por lo que efectuó pagos parciales por cuanto el actor se encontraba en incapacidad. (fl. 64 a 79)

Indemnización por despido, tuvo en cuenta que está demostrada la terminación del vínculo por incumplimiento de las obligaciones, por no haberse presentado a su labor por haber sido reubicado por quejas en el lugar de trabajo anterior, conforme al reglamento interno y numerales 4º y 6º artículo 62 C.S.T., procedió a verificar los hechos indicados como justa causa y encontró que el 8 de julio de 2019 se presentó queja por el representante de la empresa donde prestaba sus servicios y se le citó a descargos por el trato a los residentes (fl. 110) y el 23 de julio de 2019 no se presentó a laboral al sitio asignado y no rindió descargos de la novedad. Advirtió que acorde con las pruebas testimoniales no se demostró que el hecho de no presentarse al sitio de trabajo pueda concluirse que se le hubiera informado el cambio de sitio donde debía prestar sus servicios que fue la causal de despido y por ello condenó a la demandada al pago de la indemnización y los requerimientos por

quedarse dormido en el sitio de trabajo datan del año 2016 por lo que no se da la inmediatez requerida para ser causal de despido el despido, tuvo en cuenta que el contrato de trabajo era a término indefinido por cuanto no se había estipulado de manera concreta la obra o labora para la que había sido contratado y conforme a ello efectuó la liquidación de la indemnización por despido debidamente indexada.

En cuanto a la indemnización moratoria no la consideró procedente pues ella solo se da en caso de mora en el pago de salarios y prestaciones más no respecto de la indemnización por despido sin justa causa, en razón a lo que absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.

Recurso de apelación

Parte demandante. – Presenta recurso de apelación por cuanto está demostrado que existió un despido sin justa causa ya que se puede acreditar la discriminación por su estado de salud pues después del accidente es que se hicieron llamados de atención y con el despido se han violado los derechos al trabajo y la vida digna ya que se encuentra en un estado de discapacidad y debilidad manifiesta de lo que la empresa tiene conocimiento y no solicitó ante el Ministerio de Trabajo el permiso para despedirlo. Que no se realizó la calificación de pérdida de la capacidad laboral porque la empresa no le dio permiso ni siquiera para las citas médicas y cuando lo despidieron quedó sin seguridad social y no ha podido seguir con los tratamientos.

Parte demandada. – Interpone recurso respecto de la indemnización por despido, para lo que argumenta que, si bien no se probó que se le hubiera informado al trabajador el traslado a otro sitio de trabajo, lo cierto es que se desprende del acervo probatorio que tampoco se presentó en el lugar de trabajo donde venía prestando sus servicios con anterioridad.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Parte demandante: Procede el despacho a resolver las inconformidades de la parte actora respecto a que el trabajador se encontraba en estado de debilidad manifiesta que no pudo ser valorado técnicamente porque el empleador no le dio permiso; que fue objeto de discriminación por su estado de salud y que la demandada no solicitó el permiso ante el Ministerio de Trabajo para despedirlo.

Para resolver lo relacionado con la situación de discapacidad del trabajador, la que según el recurrente no pudo allegarse la valoración técnica por falta de permiso del empleador, el despacho tendrá en cuenta lo que al respecto a expresado la Corte Suprema de justicia en sentencia SL 572 del 24 de febrero de 2021:

"De las anteriores definiciones se puede concluir que la situación de discapacidad obedece a una deficiencia que padece el trabajador - que lo limita para desarrollar una actividad - derivada de una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa, a la vez originada por la alteración de las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; condiciones que por su carácter técnico-científico, para ser valoradas requieren de una herramienta técnica que el sistema integral de seguridad social denomina Manual único para la Calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, actualmente contenido en el decreto 1507 de 2014; que, además, como todo baremo, tiene la ventaja que limita el factor subjetivo del evaluador.

*Por esta razón se destaca el carácter relevante que tiene una calificación técnica descriptiva del nivel de la limitación que afecta a un trabajador en el desempeño de sus labores; sin embargo, en virtud del principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, **en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la***

protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo. (resaltado fuera de texto)

Ahora, demostrada la limitación para trabajar o la situación de discapacidad, en virtud de lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, el empleador debe contar con la autorización de las autoridades del trabajo para efectuar despidos unilaterales y sin justa causa, sin que le sea exigible al trabajador la prueba de la razón real de la decisión del despido, por resultar desproporcionado."

Así las cosas, se procede a revisar la prueba documental aportada al proceso a fin de determinar el estado de salud de la demandante para el momento del despido, toda vez que en este caso no existe una calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

- Historia clínica (fls. 13 a 29 A) que acredita que fue atendido el 11 de diciembre de 2016 por herida de arma de fuego a nivel medio clavicular que requirió cirugía inmediata y posteriores terapias físicas para lo que se otorgaron las siguientes incapacidades:
 - Del 12 de diciembre de 2016 al 10 de enero de 2017 (30 días) fl. 26
 - Del 18 de enero de 2017 al 16 de febrero de 2017 (30 días) fl. 27
 - Del 15 de febrero de 2017 al 16 de marzo del mismo año (30 días) fl. 29
- Consultas por fisioterapia y ortopedia el 15 de febrero y 15 de abril y 20 de junio de 2017 (fl. 35 a 42)
- Consultas posteriores a la terminación del contrato de trabajo por otorrinolaringología y radiografía (fl. 45 y 46)
- Certificación expedida por COMPENSAR el 26 de julio de 2017 conforme a la cual el paciente presentó fractura clavícula derecha, "requerimiento de osteosíntesis secundario a lesión de plexo braquial que presenta limitación total de la movilidad de miembro superior derecho". (fl. 49)
- El Centro Nacional de Salud expidió el 29 de noviembre de 2018 el certificado médico ocupacional SG-SST en la que hace recomendaciones como examen médico periódico, uso de corrección óptica, uso de protección personal, higiene postural realización de pausas activas y estilo de vida saludable y da como

concepto final que puede continuar en el cargo sin restricciones laborales. (fl. 107)

- CAMEDICA MP expidió el certificado de aptitud médica ocupacional el 19 de julio de 2016, esto es previo al inicio de la relación laboral (fl. 120), conforme al cual se calificó al actor como "apto con restricción que no afecta su capacidad laboral" (lentes y audífonos)

En el proceso se practicó como prueba el interrogatorio al demandante JUAN CARLOS COTRAY ARIAS quien manifestó sobre el aspecto objeto de recurso que el accidente fue el 11 de diciembre de 2016 y se reintegró como relevante (cubre el descanso de los titulares) antes de cumplir la incapacidad el 17 de abril de 2017, y su función era abrir puertas muy pesadas con pasadores lo que le ocasionaba muchas molestias, que no hizo gestión para la calificación por la incapacidad porque porque no había personal para cubrirlo en los turnos, que no le notificaron del cambio de lugar de trabajo el 22 de julio de 2019 y el 23 de julio de 2019 se dirigió a la empresa con su abogado para presentar derecho de petición que le recibieron para que no le despidieran, porque ya le habían dicho que lo iban a despedir (el sr. Baudilio) y que no se presentó al edificio Derbi el 23 de julio de 2019 porque el día anterior lo hicieron salir del edificio Derbi porque le dijeron que lo trasladaban a otro edificio pero no le comunicaron que se presentara el 23 de julio de 2019 en el otro edificio, que tenía el presentimiento de que lo despedían por la persecución laboral. No se presentó a la empresa el 24 de julio de 2019 y después no volvió a la empresa, porque lo despidieron el mismo 23.

El testigo Baudilio Martínez Ruiz manifestó que es el director de operaciones de la empresa desde hace 11 años, conoció al demandante en el 2018 como guarda de seguridad en la empresa; conoció del accidente del actor por un atraco que le afectó un brazo con parálisis por un disparo que le dañó uno de los nervios, pero que no se vio afectado para la labor que realizaba que eran de vigilante y portero de la puerta peatonal y vehicular para lo que no se veía afectado y no presentó ninguna recomendación o restricción, pero cree que tenía un 16% de restricción laboral aunque no sabe dar razón del su conocimiento y contrario a lo indicado por el demandante quien manifestó que no había tramitado la calificación dice que fue la EPS, a lo que dice que no fue por ARL sino por el médico de la EPS y que siguió laborando sin ningún impedimento hasta que el Edificio El Pino pidieron el cambio porque se encontró dormido y pidió plata prestada y el en el Edificio Derbi las puertas

eran electrónicas (casi un año) y pidieron el cambio por haber sido agresivo con un residente y que no se presentó más a laborar y dijo que se entendieran con su abogado. Durante el último año no presentó incapacidades. La comunicación de cambio del edificio se le comunicó de manera escrita como se hace para los cambios normales, lo que hace el área de recursos humanos, el señor Jonathan y la psicóloga. En cuanto a los descargos dice que se le informan los motivos para el cambio de lugar de prestación de servicios y se toma la decisión de reubicarlo, que el actor estaba presente y los descargos los escribió en un formato, pero no tiene presente lo que manifestó. Que el contrato se terminó porque decidió no presentarse más a la empresa porque lo cambiaban del sitio donde prestaba sus servicios y vino para que le dieran por cancelado el contrato. Respecto a que el demandante no quiso rendir descargos no conoce porque eso corresponde a recursos humanos. Que el actor era muy bueno en su trabajo y que le hizo recomendaciones para que hiciera ejercicio para no perder la movilidad y pero después se comportó de manera agresiva y mas de una vez fue sorprendido durmiendo en su lugar de trabajo pero nunca manifestó situaciones de acoso. Se entró del accidente cuando no hizo presencia a laborar y se le buscó por recursos humanos y les informaron del atraco por robarle una bicicleta, le dieron una incapacidad, aunque no recuerda cuanto tiempo lo que corresponde al señor Jonathan; que después del reintegro el actor fue reubicado en un edificio más cómodo para él que fue el edificio El Pino, que para el caso de quejas no se tomaron fotos ni video pero que cuando firma se aceptan los hechos. Que le hizo unos 3 llamados de atención antes del accidente, pero no recuerda cuantos le hizo después. Que él no fue despedido, sino que no se presentó a laborar. El 23 de julio de 2019 no recuerda donde debía prestar el servicio, pero sabe que ya había sido retirado del edificio Derby, pero debía presentarse para ir a una Academia "sino estoy mal". Se ubicó en áreas donde no tuviera que hacer esfuerzo físico, no conoce de recomendaciones y que recursos humanos decide donde se le ubica. Recursos humanos es quien le comunica el lugar donde debe prestar el servicio.

Jonathan Moreno indicó que labora en la empresa demandada como Jefe de Recursos humanos desde el año 2014, conoce al actor como guarda se seguridad en la compañía desde el 2016 al 2019, conoce del accidente por un atraco a finales del 2016 por lo que le dieron incapacidades, que a su reintegro ingresó al puesto del edificio El Pino donde estaba antes del accidente. Se enteró porque lo buscaron y él les hizo una llamada y les comunicó del accidente. Que se entregó la carta para

exámenes de egreso para la empresa con la que tiene contratado este servicio. Respecto a las restricciones médicas indicó que no presentó ningún documento o restricción para desempeñar el cargo; las funciones eran de control de acceso en el Edificio El Pino es electrónico con un vio-portero para verificar desde la portería la persona que desea ingresar, anotación de minutas, recorrido al ingreso y retiro, el circuito cerrado de televisión y reportar novedades por Avantel. Respecto a la contradicción en el manejo de las puertas (manual o electrónico) dijo que cuando iniciaron a prestar el servicio en ese edificio era manual, pero con una recontractación se dieron esos valores agregados, que era la portería electrónica, pero no recuerda la fecha. Que solicitaron el cambio del Edificio El Pino por dineros prestados a los residentes, luego cubrió unos turnos en el Edificio Valparaíso y luego se envía al Edificio Derby donde también solicitaron el cambio y por último se reubicó en otro punto a donde él no hizo presencia. Edificio Derby es de oficinas con control de acceso electrónico y las demás funciones eran las mismas, estuvo allí casi un año (no tiene claras las fechas). No presentó ninguna restricción médica y su condición de salud no le impedía el trabajo en el cargo. Que por la solicitud de cambio por quedarse durmiendo en el puesto y porque una residente puso una queja por haber sido grosero con una residente a finales de junio de 2019 se le hizo el proceso disciplinario. No recuerda hasta cuando prestó turnos, pero cree que para mediados de julio de 2019. Se le hizo llamado de atención, presentó descargos y se le informó que se le iba a reubicar en la Academia Nacional de Medicina de manera inmediata, pero él no se presentó y por ese motivo y las faltas anteriores se dio la cancelación del contrato. Los descargos los tomó Baudilio Martínez y la decisión de reubicarlo la tomó él y le informó al actor el lugar de reubicación y al cliente el mismo día. Frente a la contradicción sobre este punto manifiesta que el Sr. Baudilio realizó los descargos y fue la persona que le informó al actor la decisión de cambio de sitio de trabajo. El 24 de julio el actor se presentó y manifestó que no tenía ninguna justificación para no presentarse al sitio de trabajo. Desde el reintegro hasta que se presentaron quejas trascurrieron más o menos 4 o 5 meses después, antes no había tenido llamados de atención. No presentó queja o reclamo de persecución laboral. Que el procedimiento en caso de solicitud de cambio se hacen descargos y dependiendo de la falta se dispone la sanción. El derecho de petición que presentó junto con el apoderado no recuerda la fecha, pero dice que se recibió posteriormente a la cancelación del contrato. Las nóminas de pagos las realiza el contador José Franco y los pagos los realiza él y no sabe de las diferencias porque el no realiza las nóminas. No conoce que existan otras personas con discapacidad en la empresa. No

realizó visitas al puesto de trabajo del actor. El Comité de Convivencia tiene vigencia de 2 años y se reúnen cada 3 meses o dependiendo de que se active el comité. Respecto a la reubicación sabe que debía presentarse a la empresa el 23 de julio de 2019 para ser llevado al lugar donde debía ser reubicado. Respecto a que el demandante presentó derecho de petición el mismo día que terminó su contrato dijo que no lo tarjo el actor sino el señor Maicol Aguirre y fue después de la terminación del contrato el mismo día 23 de julio de 2019 en horas de la tarde. Anota que la fecha en que debía presentarse se le dio la posibilidad de reubicación y presentó el derecho de petición posterior a la inasistencia al puesto de trabajo.

Acorde con las pruebas así recaudadas, puede concluirse que en efecto se encuentra acreditado el accidente sufrido por el demandante; sin embargo, con las pruebas allegas no es posible establecer que este hubiera dejado secuelas en la movilidad del demandante pues no se encuentra demostrada la limitación alegada, pues si bien en la certificación expedida por COMPENSAR el 26 de julio de 2017 se indica que "presenta limitación total de la movilidad de miembro superior derecho" (fl. 49), lo cierto es que con posterioridad, esto es, el 29 de noviembre de 2018 el Centro Nacional de Salud expidió el certificado médico ocupacional SG-SST en el que da como concepto final que puede continuar en el cargo sin restricciones laborales. (fl. 107), por lo que no es posible establecer que para el 23 de julio de 2019 presentara limitación en su movilidad y por el contrario como para esa fecha no presentaba restricción alguna para laborar hace presumir que desde el mes de noviembre de 2018 había obtenido la recuperación de su movilidad.

Por otro lado, al reintegro del actor a sus labores después del accidente sufrido se dio en el mismo lugar donde prestaba sus servicios con anterioridad, es decir, que no se encontraba limitado para reintegrarse a sus labores y si bien fue reubicado posteriormente, ello se debió a las quejas presentadas en su contra, de lo que se inferir que para el momento del despido no existía una limitación para laborar, o por lo menos no probó, como le correspondía, que estaba en una condición de discapacidad que le impedía laborar pues no presentaba restricciones médicas y no acreditó con la prueba documental haber tenido incapacidades en los años 2018 y 2019, como tampoco que se encontrara en tratamiento o pendiente de cirugía alguna al momento del despido o que hubiera realizado alguna diligencia tendiente a la calificación de la pérdida de la capacidad laboral, más aún, no solicitó con la

demanda la práctica de la prueba del dictamen pericial para acreditar la pérdida de la capacidad laboral y la fecha de estructuración.

Respecto a las fotografías que obran a folio 29^a allegadas con la demanda, estas no permiten determinar la discapacidad o la pérdida de la capacidad laboral del actor ya que no es posible fijar su origen, lugar o época en que fueron tomadas y no fueron cotejadas con otros medios de prueba para establecer su autenticidad y certeza.

Conforme a lo expuesto, no son de recibo las manifestaciones de la parte actora en cuanto a la discriminación por su estado de salud, pues al respecto se observan los llamados de atención, incluso en julio de 2016 (fl. 50), esto es anterior al accidente, por encontrarse durmiendo y otros en los años 2017, 2018 y 2019, el último por la queja que presentó Geoscan Ingeniería SAS, aportada por el mismo demandante (fl. 58) con los que no logra acreditarse la discriminación alegada, pues al contrario, llama la atención que a pesar de las quejas en su contra, la empresa se limitó hacer llamados de atención, incluso aportados por el demandante (fls. 51, 55 y 59) sin imponer sanciones o por lo menos no se probaron; por lo que no puede decirse que fue objeto de discriminación laboral por su estado de salud o que con el despido se violaran sus derechos al trabajo y la vida digna.

Tampoco acreditó que la empresa le negara permisos para realizar la calificación de pérdida de la capacidad laboral o para las citas médicas, ya que no presentó prueba testimonial no documental que acreditara las citas médicas o la cita ante la EPS para la calificación de la capacidad laboral, o que se hubieran ordenado tratamientos en los años 2018 y 2019, prueba que no obstante estar a cargo de la parte actora no fue allegada, razón por la que no hay lugar a modificar en este punto lo dispuesto en la sentencia recurrida.

Parte demandada. - Interpone recurso respecto de la indemnización por despido, para lo que argumenta que, si bien no se probó que se le hubiera informado al trabajador el traslado a otro sitio de trabajo, lo cierto es que se desprende del acervo probatorio que tampoco se presentó en el lugar de trabajo.

Para resolver se tiene en cuenta que no fue objeto de controversia por la recurrente que no informó al actor el sitio de trabajo donde debía presentarse el 23 de julio de

2019, por lo que este punto no será objeto de estudio y en consecuencia se limitará a resolver si el demandante no se presentó a laborar en esa fecha.

El actor en el interrogatorio de parte manifestó sobre el aspecto objeto de recurso que no le notificaron del cambio de lugar de trabajo el 22 de julio de 2019 y el 23 de julio de 2019 se dirigió a la empresa con su abogado para presentar derecho de petición que le recibieron para que no le despidieran, porque ya le habían dicho que lo iban a despedir (el sr. Baudilio) y que no se presentó al edificio Derbi el 23 de julio de 2019 porque el día anterior lo hicieron salir del edificio Derbi porque le dijeron que lo trasladaban a otro edificio pero no le comunicaron que se presentara el 23 de julio de 2019 en el otro edificio

Es claro, conforme al interrogatorio de parte, que si bien es cierto que la empresa no probó haberle informado el lugar donde debía presentarse a laborar el 23 de julio de 2019, también lo es, que el demandante expresó no haberse presentado al edificio Derby el 23 de julio de 2019 porque el día anterior lo hicieron salir del edificio porque le dijeron que lo trasladaban a otro edificio pero no le comunicaron que se presentara el 23 de julio de 2019 en el otro edificio, de donde se puede concluir claramente que tampoco se presentó a la sede de la empresa para colocarse a disposición de su empleador a fin de ser remitido a un nuevo sitio de trabajo.

Sobre el particular debe tenerse en cuenta que el artículo 58 del C.S.T., señala como obligaciones especiales del trabajador la de "Realizar personalmente la labor, en los términos estipulados; observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular la impartan el empleador o sus representantes, según el orden jerárquico establecido".

Por su parte el artículo 62 del C.S.T. dispone como justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador en su numeral 6º "Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos."

Así las cosas, al haber incumplido el actor con la obligación de realizar la labor para la que había sido contratado y que había prestado hasta el 22 de julio de 2019,

incurrió en la justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo establecida en el numeral 6º del artículo 62 del C.S.T. Lo anterior, por cuanto si bien desconocía el lugar al que había sido reasignado, bebió demostrar que se presentó en la empresa en disposición de prestar el servicio pues el desconocimiento del sitio al que había sido asignado no lo eximía de presentarse a laborar y por el contrario, lo que hizo ese mismo día, fue comparecer con su apoderado a presentar un derecho de petición, pero en ningún momento demostró que estuvo en disposición de laborar. Para este efecto se tiene en cuenta que en el interrogatorio de parte manifestó que conocía que "lo iban a echar"; sin embargo, no aportó prueba alguna de su dicho, respecto a lo cual vale recordar que no basta con afirmar un hecho, sino que este debe ser demostrado en el proceso, lo que una vez más, se reitera que no hizo la parte actora, no obstante que le correspondía la carga de la prueba.

En consonancia con lo expuesto, habrá de revocarse la decisión de primera instancia, respecto de la indemnización por despido sin justa causa y en su lugar se absolverá a la demandada de esta condena.

Costas. - Las de primera instancia se revocan y es su lugar se condena en costas de primera instancia a la parte actora. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija la suma de Quinientos mil pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de julio de 2021 para en su lugar absolver a la demandada de la condena impuesta.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de septiembre de 2020.

TERCERO: COSTAS Las de primera instancia a cargo de la parte actora conforme a lo expuesto. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/L (\$500.000)

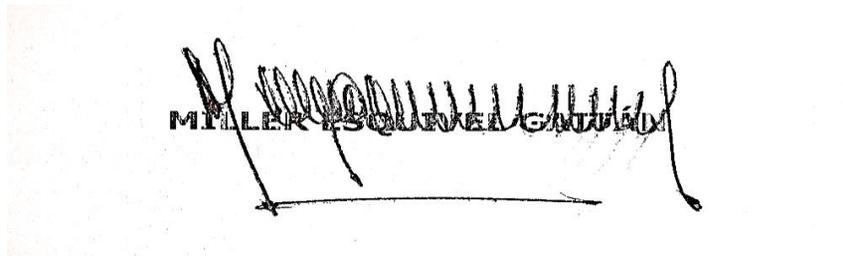
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE TANYA ROCIO FIGUEROA BEDOYA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR S.A. Rad. 2021 00257 01. JUZ 15.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

TANYA ROCIO FIGUEROA BEDOYA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4 del expediente digital.

- Se declare que la AFP PORVENIR asesoró equivocadamente a la demandante al afiliarla a dicho fondo y trasladarla del ISS hoy Colpensiones
- Se declare que omitió su obligación de asesorar a la actora respecto de la posibilidad de retornar al ISS hoy COLPENSIONES
- Se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A.
- Se ordene a la AFP PORVENIR el traslado de la actora a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y cotizaciones
- Se ordene a COLPENSIONES activar a la demandante en el sistema de pensiones
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 7 del expediente. La señora TANYA ROCIO FIGUEROA BEDOYA, nació el 10 de marzo de 1965. Inició su vida laboral cotizando en el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES donde cotizó un total 254 semanas y durante toda su vida laboral ha cotizado un total de 1.574 semanas al 08 de marzo de 2021. Se trasladó el 08 de abril de 1994 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a la información dada por un asesor en el que se le informó que el fondo privado tenía más garantías que una entidad pública; que por tener un contrato de prestación de servicios era mejor un régimen privado; que podía retirarse cuando quisiera si había cumplido con las cuotas y que podía retirar el dinero si quería, mientras que en el ISS no, ya que se iba a liquidar y el tiempo cotizado se podría perder.

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no brindó ninguna asesoría pensional a la demandante en el transcurso del tiempo en que estuvo afiliada a dicha entidad, ni antes de cumplir los cuarenta y siete (47) años, ni le comunicó la limitación para poder devolverse al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES y omitió asesorarla sobre las posibilidades o alternativas de ahorro voluntario a fin de evitarle un detrimento de cara a su mesada en la pensión de vejez.

El 16 de septiembre de 2019, por iniciativa propia, solicitó a PORVENIR S.A., un estudio de su pensión probable, tal como consta en el radicado N° 0100222102219700 y mediante respuesta de fecha 07 de octubre de 2019 la entidad informó que la pensión de vejez sería de \$1'750.200 y que no era de su competencia informar el valor de la mesada que le hubiese correspondido en COLPENSIONES y de acuerdo con el cálculo actuarial realizado por la profesional MARTHA SOLEDAD HERNÁNDEZ MORA en la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la mesada pensional correspondería a la suma de \$4.757.871.

Técnicamente existe un perjuicio muy alto toda vez que al momento del traslado de régimen, no se hizo un estudio pensional, ni se le informó sobre las ventajas o las desventajas de estar afiliada al Régimen de Ahorro Individual por lo que procedió a solicitar a Colpensiones el traslado régimen tal como consta en el radicado N° 2021_506670123 y mediante comunicación del 04 de mayo de 2021, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, rechazó la solicitud de traslado y que procedió a solicitar a Colpensiones la reclamación

correspondiente, en cumplimiento del artículo 6 del C.P.L. y de la S.S. tal como consta en el radicado N° 2021_5737616.25 y por medio de comunicación del 20 de mayo de 2021 le informó que no podía acceder a las pretensiones incoadas relacionadas con la ineficacia de la afiliación ya que existe una imposibilidad jurídica de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 literal E de la Ley 797 de 2003.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad el 2 de julio de 2021 (04 expediente digital), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto al numeral. 14 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, los aportes realizados al RPM, la reclamación administrativa y la respuesta dada por COLPENSIONES, así como la respuesta al requerimiento efectuado. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las declarables de oficio.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible al numeral 11 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos manifestó que no le constan, no son ciertos o no lo son en la forma en que están redactados
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 2 de diciembre

de 2021 declaró ineficaz la afiliación de la actora a la AFP PORVENIR S.A.S. el 8 de abril de 1994 y ordenó a PORVENIR S.A. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante con sus rendimientos y a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la actora como si nunca se hubiera trasladado. No impuso condena en costas y declaró no probadas las excepciones propuestas por las partes

Llegó a esta determinación luego de verificar la afiliación inicial al ISS y el formulario de traslado de afiliación y el interrogatorio de parte que absolvió la demandante; tomó en cuenta que el traslado efectuado antes de los 3 años se tornan ilegales conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y acorde con la jurisprudencia correspondía al fondo el deber de dar una información clara y suficiente al afiliado y al respecto le correspondía a la AFP allegar la prueba de haberla suministrado de manera oportuna, completa y clara, por cuanto la suscripción del formulario de afiliación no era suficiente para afirmar que la actora había recibido la información necesaria y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional, prueba que incumplió el fondo accionado; además, del interrogatorio de parte absuelto por la demandante concluyó que no se suministró la información, las condiciones exigidas en cada uno de los regímenes para adquirir la pensión, la posibilidad de retracto, lo que sucedería con bono pensional y que ella desconocía las características de los regímenes de pensiones, razón por la cual consideró que no se cumplieron los lineamientos de la jurisprudencia por parte de la AFP. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado y para todos los efectos legales expresó que la actora nunca se trasladó de régimen pensional y como consecuencia ordenó el traslado de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de los rendimientos. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y no condenó en costas por considerar que para la época había razones atendibles para que el fondo creyera que solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación.

Recurso de Apelación

PORVENIR S.A. Argumentó que no hay lugar a la ineficacia por cuanto para el momento de manera libre y voluntaria para trasladarse solo se requería el formulario de afiliación y que no se dio error, fuerza o dolo y la demandante tenía plena capacidad para suscribir el formulario de afiliación que era el único requisito que se exigía y que cumplió con la información por cuanto le explicaron las características propias del régimen como se acreditó en el interrogatorio de parte. Que garantizó a

la demandante el derecho de retracto y que el único motivo para la solicitud de ineficacia es el monto de la mesada lo que considera existe una mala fe de la actora.

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

Parte demandante: Solicitó la confirmación de la decisión por cuanto se demostró la falta al deber de información por parte del fondo privado, lo que la imposibilitó de tomar una decisión consciente.

Parte demandada:

PORVENIR: Pidió la revocatoria de la decisión en razón a que, en resumen, el traslado fue totalmente válido, el formulario de afiliación cuenta con plena autenticidad y validez y no se le vulneró derecho alguno a la actora.

COLPENSIONES: Indicó en síntesis que el traslado es válido, que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 y al declararse una ineficacia inexistente se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 47 a 54 del numeral 1 del expediente, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 20 de mayo de 2021 y la respuesta dada, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS porque suscribió formulario de afiliación con Horizonte hoy PORVENIR el 1º de junio de 1995 (fl.31), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no recibió una asesoría que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 1º de junio de 1995, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones como lo manifiesta en su recurso el apoderado de PORVENIR S.A.; sin embargo, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que la afiliada era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de

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)

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, por lo que no le correspondía a la actora buscar la

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

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

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

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

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

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

información, como lo pretende PORVENIR S.A. en su recurso; pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto era responsabilidad de la AFP suministrar la información necesaria.

Como la carga de la prueba se encontraba a cargo de PORVENIR S.A. le correspondía demostrar haber suministrado la información, lo que no hizo, y en el interrogatorio de parte la actora indicó que la entidad donde laboraba invitó a un asesor de PORVENIR S.A. y que este les indicó que el ISS sería posiblemente liquidado y que el fondo contaba con un mayor respaldo que por su tipo de contrato que tenía en ese momento o que más del convenía era pasarse a PORVENIR ya que era una empresa solida y que podía jubilarse cuando quisiera después de haber cotizado el mínimo de semanas, la asesoría fue grupal pero respondió preguntas específicas respecto a lo que iba a pasar con el ISS, cómo era el tema de la edad para jubilación y las garantías de los recursos y firmó el formulario conforme a las promesas que le hizo el asesor de PORVENIR, nada le dijo sobre aportes voluntarios ni la diferencias sobre los aportes entre los dos sistemas entre la cuenta individual y el fondo común, tiene conocimiento del saldo actual en el fondo; que recibe los extractos y que no ejerció el derecho de retracto porque no le informaron en el momento de la afiliación ni el término con que contaba para trasladarse y ella confió en que le cumplirían lo que le habían informado y después se dio cuenta que lo que le dijeron no se estaba cumpliendo y fue cuando empezó a buscar la forma de devolverse a COLPENSIONES porque se cambió sobre la base de unas promesas que no se cumplieron por lo que solicitó el traslado. Que suscribió dos formularios de afiliación por cambio del empleador; que hizo énfasis en que el ISS se encontraba en dificultades económicas y que el ISS no le dio tampoco asesoría. No le hablaron sobre la financiación de la pensión, sino que le dijeron que por su edad y tipo de contrato le convenía el traslado y que le daba más garantía que la institución pública. En cuanto a los beneficiarios señaló que era un requisito del formulario. Creía y confiaba en la información que le suministró el asesor del Fondo.

De la prueba relacionada no es posible concluir, como lo pretende el recurrente que se le hubiera dado a la actora la información necesaria sobre aspectos básicos e

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"

importantes para que ella tomara la decisión de trasladarse de régimen y por otra parte la demandada se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria sin demostrar haber expuesto a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante no hubiera solicitado posteriormente una información, además, la permanencia por un lapso largo en el RAIS no acredita que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar PORVENIR, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sanea con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y**, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Respecto a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es menester indicar que la declaratoria de ineficacia declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea esta consecuencia y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

Si bien la demandante se encuentra incluida dentro de la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es

de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado que se realizó el 28 de enero de 1997, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Si bien COLPENSIONES no interpuso recurso de apelación al respecto en COLSULTA se tendrá en cuenta que frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho 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 contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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.”

Conforme a las motivaciones anteriores se MODIFICARÁ el ordinal PRIMERO de la sentencia recurrida en cuanto a disponer que junto a los aportes, rendimientos y bonos que le puedan corresponder a la demandante se deberán devolver también sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. y gastos de administración.

COSTAS. -

Al respecto se observa que en primera instancia no fue condenada al pago de costas; sin embargo, como interpuso el recurso de apelación en contra de la decisión y esta condena procede cuando la parte es vencida en el proceso, se deberá condenar en costas en esta instancia a la AFP PORVENIR, por cuanto no salió avante el recurso por ella interpuesto. Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia proferida el dos de diciembre de dos mil veintiuno por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto a disponer que junto a los aportes, rendimientos y bonos que le puedan corresponder a la demandante se deberán devolver también sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. y gastos de administración, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas. - Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente **PORVENIR S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000).

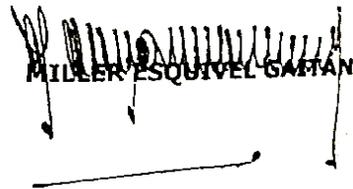
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GATTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO ROZO MORENO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Rad. 2020 00055 01. JUZ 17.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ÁLVARO ROZO MORENO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 27 del archivo 1 expediente digital.

- Se declare ineficacia y/o nulidad del traslado de la demandante, efectuado el 21 de diciembre de 1998 del RPM al RAIS.
- Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales.
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 26 y 27 del archivo 1 expediente digital.

El actor realizó cotizaciones al ISS a partir del 15 de marzo de 1982 y hasta el 21 de diciembre de 1998 en que se trasladó a PORVENIR S.A. y posteriormente al FONDO

DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE el 26 de marzo de 2003 y nuevamente a PORVENIR S.A. el 9 de septiembre de 2010, sin que los asesores le brindaran la asesoría necesaria respecto a las ventajas y desventajas del traslado de régimen ni se hiciera un estudio de su caso. El actor nació el 21 de abril de 1957 y cumplió los 62 años en el año 2019 y conforme a las simulaciones pensionales la pensión que le correspondería sería ostensiblemente mayor en el RPM cuando ha cotizado al Sistema General de Pensiones 25 años 3 meses y 18 días. Presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES el 13 de septiembre de 2019 respondida negativamente con radicado 2554400-2724078

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de esta ciudad el 18 de febrero de 2020 (fl.34 expediente digital), notificadas las demandadas, a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folio 39 a 59 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad, los aportes realizados al RPM, la reclamación administrativa y la respuesta dada por COLPENSIONES. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a folios 121 a 161 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan.
- Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 9 de diciembre de 2021 (fl.425) en la que declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas. Declaró que el traslado del señor ALVARO ROZO MORENO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS, administrado en su momento por PORVENIR S.A., fue ineficaz y por consiguiente no produjo efectos jurídicos. Declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES, y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad. Condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que en su momento conformaron la cuenta de ahorro individual del demandante, como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, rendimientos e intereses, ordenando además a PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración, que en su momento fueron descontados, los que deberán ser asumidos por esa entidad de su propio patrimonio. Ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúe PORVENIR S.A. y a convalidarlos en la historia laboral para los efectos a que haya lugar en ese régimen pensional y condenó en costas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

Llegó a esta determinación ya que conforme a la línea jurisprudencial existía el deber del fondo de dar una información completa al afiliado y al respecto le correspondía a la AFP allegar la prueba de haber suministrado dicha información en forma oportuna, completa y clara, aplicando una obligación de transparencia, tomando en cuenta todas las situaciones que afectan el derecho en términos comprensibles y concretos al afiliado, y conforme a la documental vista a fl. 197 obra el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. con una información general no contiene cual fue la información suministrada y por cuanto la suscripción del formulario no es suficiente para afirmar que la parte actora había recibido la información necesaria y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional le correspondía la fondo demostrar el deber del buen consejo conforme lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia. Respecto al interrogatorio de parte absuelto por el demandante que se le ofreció como beneficio que su mesada pensional sería mayor y que existía un riesgo para el en caso de permanecer en el ISS por lo que no puede concluirse que se suministró la información clara y concreta que le permitiera conocer el

funcionamiento del RAIS, razón por la cual no se cumplieron los lineamientos de la jurisprudencia por parte de la AFP. Por lo anterior, declaró la ineficacia del acto de traslado a PORVENIR S.A. y ordenó el traslado de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, demás de los rendimientos y gastos de administración los que deberá asumir de su propio patrimonio y a COLPENSIONES recibirlos y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las demandadas.

Recurso de Apelación

PORVENIR S.A. - Argumentó que no se acredita la nulidad o ineficacia por cuanto para el momento el afiliado tenía plena capacidad de decisión y suministró los datos en el formulario de afiliación el cual no fue tachado de falso, por lo que el traslado fue válido ya que era el único requisito que se requería para su validez. El actor contó con el tiempo para regresar al RPM y no lo hizo a pesar de que en febrero de 2004 se publicó en el periódico que podía trasladarse al RPM si lo deseaba, lo que da entender cuál fue la voluntad de la parte actora. Dice que la demandada ha actuado de buena fe pues no se requería de otra prueba y respecto a los gastos de administración solicita no se condene al traslado de los mismos ya que son obligaciones que afectan derechos de terceros como son las aseguradoras quienes habrían respondido en caso de invalidez o muerte; y en cuanto a las comisiones estas son reconocidas de manera legal y no hacen parte de la pensión.

COLPENSIONES. - Expuso que la información requerida no era otra que la contenida en el formulario de afiliación para esa época ya que no existía otra normatividad para ese momento, por lo que no puede exigirse otra obligación. Que la parte actora realizó actos de convicción como es la afiliación por más de 15 años al RAIS y solo solicitó el retorno para el agotamiento de la reclamación administrativa lo que evidencia la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS

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

Parte demandante: Solicitó se confirme la decisión en síntesis por haberse demostrado el incumplimiento al deber de información por parte del fondo privado.

Parte demandada:

PORVENIR: Adujo que el traslado cuenta con plena validez, que se cumplió con la normativa vigente para la época de los hechos y que no es viable jurídicamente una declaratoria de ineficacia sin haber demostrado el demandante las faltas que indica que cometió el fondo privado.

COLPENSIONES: Solicitó se revoque la decisión, en resumen, porque el traslado es válido, no se demostró la existencia de vicios del consentimiento y el actor se encuentra inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003, lo cual, genera que si se declara una ineficacia de traslado se descapitalice el fondo público.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 5 del expediente, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 13 de septiembre de 2019 y la respuesta visible a folios 7 y 8, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS porque suscribió formulario de afiliación con Horizonte hoy PORVENIR el 21 de diciembre de 1998 (fl. 197), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no le ofreció una asesoría que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien el demandante diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones como lo manifiesta en su recurso el apoderado de PORVENIR S.A., para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que el afiliado era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues la aceptación de haber suscrito el formulario de manera voluntaria, no acredita el conocimiento de las consecuencias del traslado; nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una información respecto al traslado. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información

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)

veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el 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 (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto era responsabilidad de la AFP suministrar la información necesaria.

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

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

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

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

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

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

Como la carga de la prueba se encontraba a cargo de PORVENIR S.A. le correspondía demostrar haber suministrado la información, lo que no hizo, y en el interrogatorio de parte el actor indicó que se afilió a PORVENIR S.A. en el año 1998 sin que el asesor le diera una información respecto a la posibilidad de devolverse al régimen de prima media, ni cual sería el monto de su pensión, sino que hizo énfasis en que el ISS se acabaría. La demandada se limitó a manifestar que el actor diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, lo que reitera en el recurso, pero no demostró si le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse 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 saneó por el hecho de que el demandante no hubiera solicitado posteriormente una información, como tampoco la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS, pues ello no acredita que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende COLPENSIONES y así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, incluso posteriores al citado por COLPENSIONES, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

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"

Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y, iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Respecto a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es menester indicar que la declaratoria de ineficacia declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea esta consecuencia y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En cuanto a que la parte demandante se encuentra incluida dentro de la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, como parecen entenderlo los recurrentes, sino de la ineficacia del traslado realizado, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia, dicho argumento no es aplicable al caso.

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 y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho 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 contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos del actor no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones y así se evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 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."

Conforme a las motivaciones anteriores se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS. -

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

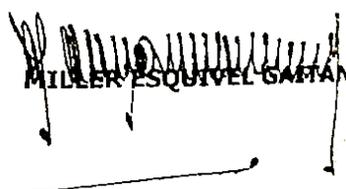
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARLEN MORENO ARIZA CONTRA SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. – UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD SANTA CLARA. Rad. 2018 – 00379 01. Juz. 24.

En Bogotá D.C., a los tres (03) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARLEN ROMERO ARIZA demandó a la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. – UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD SANTA CLARA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 10 a 15 que por lo extensas se concretan de la siguiente manera:

- Se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes desde el 9 de mayo de 2006 hasta el 30 de junio de 2015
- Se condene al pago de primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones por todo el periodo laborado
- Se condene a la demandada a la devolución de los pagos por concepto de cotizaciones en salud, pensión y riesgos laborales efectuados por la demandante durante el tiempo laborado.
- Indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.
- Indemnización por despido sin justa causa
- Sanción por falta de consignación de cesantías a un fondo
- Facultades ultra y extra petita
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 7 a 10. Que ingresó a laborar con la demandada el 9 de mayo de 2006 mediante diferentes contratos sucesivos, para realizar funciones como aseadora del área hospitalaria y administrativa con los

implementos de aseo que la entidad le suministraba para cumplir sus obligaciones. Que inicialmente percibió un salario de \$557.489 que fue acrecentando anualmente por lo que para el año 2015 recibió la suma de \$1.308.587, sin que le pagaran las prestaciones sociales a que tenía derecho durante la vigencia de la vinculación.

La actora cotizó a seguridad social en salud, pensiones y riesgos laborales como independiente, conforme a las actas de liquidación de los contratos y que las labores las ejercía en turnos de 12 horas diurnos o nocturnos.

Presentó una demanda contra la entidad el 27 de septiembre de 2016 que terminó el 22 de enero de 2018 por cuanto prosperó la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa. Que presentó la reclamación el 9 de mayo de 2018 con radicado No 20183500105162 sin respuesta por parte de la entidad.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de esta ciudad el 30 de octubre de 2018 (fl. 428), notificada la demandada y corrido el traslado respectivo, contestó la demandada la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE E.S.E. – UNIDAD DE SERVICIOS DE SALUD SANTA CLARA en los términos del escrito visible a fls. 430 a 438.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó los hechos relacionados con el contrato de trabajo y afirmó que se dio entre las partes una vinculación mediante contratos de prestación de servicios sin subordinación ni dependencia. Aceptó la existencia de una demanda anterior, su terminación por haber prosperado la excepción previa de falta de agotamiento de la reclamación administrativa y la presentación de la reclamación el 9 de mayo de 2018 sin respuesta a la fecha.
- Formuló como excepciones de mérito las de pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia del vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, prescripción, que la demandante es parcialmente coautora y la legalidad de los contratos suscritos entre las partes.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado 24 Laboral del Circuito puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 9 de agosto de 2021 en la cual

declaró un contrato de trabajo desde el 9 de mayo de 2006 hasta el 30 de junio de 2015 durante el cual la actora ostentó la calidad de trabajadora oficial.

Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y condenó a la demandada al pago de los siguientes valores y conceptos:

- Por vacaciones \$ 862.481
- Auxilio de cesantías \$ 8.517.533
- Indemnización moratoria a partir del 28/9/15 a razón de \$ 43.034 hasta su pago
- Sanción por no consignación de cesantías a un fondo \$ 1.835.046,30
- Devolución de aportes a salud y pensión \$ 132.094

Absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda y la condenó al pago de las costas del proceso.

Para resolver tuvo en cuenta la juez A-quo que la actora ostentaba la calidad de trabajadora oficial por cuanto prestaba sus servicios en labores de aseo. Consideró que si bien la administración pública está autorizada para la vinculación mediante contratos de prestación de servicios, la contratación en este caso no cumplía los requisitos para ello y por el contrario reunía los tres elementos para declarar el contrato de trabajo. Tuvo en cuenta lo dispuesto en la sentencia de la Corte Constitucional C-154/97 en relación con el elemento de subordinación y dependencia y de la Corte Suprema de Justicia 45993 de 2017 respecto a la presunción legal de un contrato de trabajo. No fueron materia de discusión en el proceso los periodos de vinculación ni las funciones que realizaba la demandante conforme a los documentos que obran a fl. 66 a 121 y acorde con los testimonios recepcionados consideró que estaba demostrada la relación laboral entre las partes y la presunción del artículo 24 del C.S.T., sin que la demandada acreditara que las funciones realizadas hubieran sido autónomas e independiente y por el contrario se demostró que no correspondían a una labor independiente. En cuanto a los extremos y los valores devengados por la demandante tuvo en cuenta las certificaciones expedidas por la demandada y los contratos aportados, conforme a los cuales efectuó la liquidación de las prestaciones correspondientes.

En cuanto a la labor suplementaria señaló que la prueba le correspondía a la actora quien nada allegó al respecto, por lo que no impuso tal condena. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción para las prestaciones causadas con anterioridad al 9 de mayo de 2015 salvo para el auxilio de las cesantías, para las vacaciones a partir del 2014 y para las indemnizaciones que se hicieron exigibles a la terminación del contrato de trabajo. No encontró probado el hecho del despido

por lo que no impuso condena por terminación del contrato sin justa causa. Respecto a la indemnización por falta de pago de las prestaciones, señaló que no era prueba de la buena fe el no cancelar las prestaciones durante y a la terminación del vínculo apoyada en la vinculación mediante un contrato de prestación de servicios regido en el art 33 de la Ley 80 de 1993. Para la sanción por no consignación de las cesantías tuvo en cuenta la sentencia SL 582 de 2021 respecto a la buena fe y como prosperó la prescripción solo condenó al pago de la sanción a partir del 9 de mayo de 2015 y hasta el 15 de junio del mismo año. En relación con la devolución de los dineros cancelados por concepto de aportes a seguridad social en salud y pensiones ordenó la devolución de los valores que tuvo que asumir la actora cuyo pago acreditó en el proceso y teniendo en cuenta la prescripción, condenó a la devolución de los aportes a partir del 9 de mayo de 2015. Absolvió a la demanda de las demás pretensiones de la demanda y la condenó al pago de las costas del proceso.

Recurso de apelación

Parte actora.- No interpuso recurso alguno.

Parte demandada.- Interpuso recurso de apelación respecto a las condenas impuestas para lo que argumentó que la vinculación de la actora se dio mediante contratos de prestación de servicios que se rigen por el artículo 32 de la Ley 80 de 1993 y no mediante contrato de trabajo, pues no se acreditaron los elementos requeridos para ello ya que no existe un soporte probatorio que permita definir esta relación, como lo fue la subordinación, toda vez que a los testigos les asiste interés en las resultas del proceso.

Frente a la indemnización moratoria señaló que la entidad no actuó de mala fe pues no hay prueba de ello y por el contrario existe una presunción de buena fe que no fue desvirtuada por la demandante. Que la consideración del despacho de que la contratación fue un sofisma de distracción, no tiene ningún soporte probatorio y es una valoración subjetiva y arbitraria de la Juez en contravía de un pronunciamiento del superior, como lo es la sentencia 2017-189 el 26 de febrero de 2021, ya que los contratos de prestación de servicios tienen un soporte legal y hasta el momento de proferir la sentencia es que surgió la obligación de pagar las acreencias laborales a la actora pues solo ahora se declara la existencia de un contrato de trabajo, por lo que no se puede reconocer la indemnización moratoria desde el 2015.

En cuanto a la liquidación de las prestaciones reconocidas señala que los honorarios devengados por un trabajador de planta son diferentes a los reconocidos a la actora.

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

Parte demandante: Argumenta que la prestación personal del servicio se acreditó con los 36 contratos y órdenes de prestación de servicios que datan del 9 mayo de 2006 hasta el 30 de junio de 2015, cuyo objeto era prestar servicios como ayudante y/o operaria de servicios generales, por lo que es claro que para el efectivo cumplimiento del objeto contractual la demandante debía prestar el servicio de manera personal. En cuanto a la remuneración, la prueba es el valor estipulado en las órdenes de prestación de servicios celebradas entre las partes, así como en las actas de liquidación de las órdenes de pago que obran en el expediente y en cuanto a la subordinación y dependencia, señala que dentro del objeto de los contratos se especificó que la actora debía cumplir no solo las funciones propias de su cargo de aseadora, sino también todas aquellas que requiriera el supervisor, director o el gerente de la SUBRED INTEGRADA DE SERVICIOS DE SALUD CENTRO ORIENTE ESE – UNIDAD DE SALUD SANTA CLARA; además, la demandante debía registrar las actividades diarias realizadas para el control y seguimiento por parte de la demandada, de lo que dan cuenta los testimonios, es decir, sin autonomía y con dependencia.

En cuanto a la indemnización moratoria, indicó que mediante sentencia del 28 de julio de 2021 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral del magistrado ponente Fernando Castillo Cadena STL10015- 2021 con radicación No. 63740 ordenó dejar sin valor legal ni efecto alguno la decisión adoptada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial Bogotá, el 26 de febrero de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Eleus Gonzaga Martínez Soto en contra de la Sub Red Integrada de Servicios de Salud Centro Orientes – Hospital Santa Clara III Nivel E.S.E. y ordenó al Tribunal accionado proferir providencia en remplazo, por lo que lo sustentado por la parte demandada en la interposición del recurso de apelación no tiene validez alguna, ya que, mediante sentencia del 25 de agosto del 2021 del Tribunal Superior de Bogotá Sala Quinta de Decisión Laboral de la magistrada ponente Ángela Lucía Murillo Varón ordenó mantener la decisión proferida del 11 de marzo de 2020 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá y solo modificó el numeral segundo de la sentencia respecto de imponer condena por intereses a las cesantías.

El criterio al respecto ha sido reiterado ampliamente en sentencias CSJ SL 7 de feb. 2012, rad. 38863, CSJ SL 24 abr. 2013, rad. 40666, CSJ SL 22 en. 2013, rad. 40067, CSJ SL3229-2014, CSJ SL5642-2014, CSJ SL1012-2015, CSJ SL8936-2015, CSJ

SL5523-2016, CSJ SL8652-2016, CSJ SL986- 2019, CSJ SL4345-2020, CSJ SL8707-2020, CSJ SL854-2021, CSJ SL2136-2021 y CSJ SL2971-2021.

Parte demandada: Guardó silencio en la oportunidad procesal.

CONSIDERACIONES

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

Parte demandada.-

Contrato realidad o prestación de servicios. - Como la parte demandada interpone recurso de apelación respecto a la declaratoria del contrato de trabajo, la indemnización moratoria y la liquidación efectuada por el juzgado, se tiene en cuenta para resolver que la parte actora manifestó que trabajó con la entidad demandada en calidad de trabajador oficial ejerciendo labores de aseo y desinfección de la planta hospitalaria y administrativa de la demandada.

En consonancia con lo anterior, lo primero que debe analizar la Sala es si se acreditó en el proceso que la actora tenía la calidad de trabajador oficial, toda vez que por regla general las personas que laboran al servicio de las empresas sociales del Estado, como es el caso de la demandante; son empleados públicos y por vía de excepción, son trabajadores oficiales vinculados mediante contrato de trabajo; por lo que se revisa si las funciones que cumplía estaban relacionadas con los conceptos de «mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales».

El artículo 26 de la Ley 10 de 1990 señala en el párrafo que *"Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo."*

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL18413-2017 reitera los conceptos ya fijados sobre lo que debe entenderse por «mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales», donde explica que los servicios generales son aquellos esencialmente destinados para mantener las instalaciones de una

institución gubernamental en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran.

Por otra parte, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Rad. N.º 36668 del 29 de junio de 2011 señaló: *"El mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría. Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, **aseo en general** y las propias del servicio doméstico..."* (negrilla fuera de texto)

Se entiende, conforme a la sentencia citada que corresponden al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales, aquellas actividades encaminadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público de salud, y se entienden por servicios generales las actividades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, aseo en general y las propias del servicio doméstico...", encaminadas a satisfacer las necesidades que le son comunes a todas las entidades, por lo que en efecto la actora tiene la calidad de trabajador oficial.

Ello conforme a los contratos de prestación de servicios suscritos por la demandante y las las certificaciones expedidas por la Coordinadora Oficina de Contratación de la Alcaldía Mayor de Bogotá, conforme a los cuales presto sus servicios desde el 9 de mayo de 2006 mediante diferentes contratos sucesivos, para realizar funciones como aseadora del área hospitalaria y administrativa con los implementos de aseo que la entidad le suministraba para cumplir sus obligaciones, por lo que al revisar los contratos de prestación de servicios, se observa que dentro de sus funciones no solo se incluían las de aseo sino también el "cumplir a satisfacción las actividades asignadas por la Gerencia del Hospital" entre otras, de lo que se extrae que además debía cumplir las órdenes que su empleador considerara pertinentes, lo que acredita la subordinación.

La testigo MARTHA ISABEL RODRÍGUEZ CHINCHILLA manifestó que ingresaron a trabajar el mismo día en el año 2006 a realizar labores de servicios generales como barrer, lavar, desinfectar. El jefe era Carlos Osorio quien era trabajador de planta,

después Erika, Jesy Peralta y Héctor Laverde; que después de finalizar el contrato continuaban prestando el servicio y si no asistía se descontaba el día; que hacía las mismas funciones que los empleados de plante, no tenían vacaciones y si necesitaba un día tenía que pedirle el favor al jefe, lo descontaban o lo pagaba haciendo doble turno. El hospital entregaba todos los implementos de aseo y el control lo realizaba Carlos Osorio, además había control de seguimiento de entrada y salida; el jefe realizaba la verificación de las labores y novedades; las capacitaciones las daba la ingeniera de salud ocupacional. No podía cambiar los turnos que les programaban a través de la planilla de manera mensual.

AÍDA MILENA GÓMEZ Conoce a la actora desde el 2007 que ingreso a laborar cuando la actora ya estaba vinculada, hacían aseo, servicios generales. Tuvo varios jefes, los de mantenimientos y enfermería, pero el que más estuvo era Carlos Osorio que estaba en la planta del hospital. Para los permisos les descontaban el día o debía doblar el turno y no podía pedirle a una compañera que la remplazara. Entre uno y otro contrato ninguna descansaba sino que trabajan todo el tiempo. A veces las fechas de los contratos si dejaban un espacio, pero trabajaban y les pagaban todo el tiempo. Los implementos los daba el hospital; las órdenes las daba el jefe inmediato y recibían capacitaciones para realizar el aseo bien.

Así las cosas, no queda duda que durante su vinculación la actora desarrolló las funciones como trabajador oficial, esto es, las de servicios generales conforme a los contratos de prestación de servicios lo que se corrobora con los testimonios, pues ellos fueron contestes y coherentes con la documental aportada.

Ahora, como bien es sabido, el contrato de trabajo tiene elementos diferentes al de prestación de servicios independientes, ya que para que aquél se configure se requiere de la prestación personal del servicio, la continuada subordinación laboral y la remuneración como contraprestación de este. En cambio, en el contrato de prestación de servicios, la actividad independiente desarrollada, puede provenir de una persona jurídica con la que no existe el elemento de la subordinación laboral o dependencia consistente en la potestad de impartir ordenes en la ejecución de la labor contratada. En síntesis, el elemento de subordinación o dependencia es el que determina la diferencia del contrato laboral frente al de prestación de servicios, esto es la actitud por parte de la administración contratante de impartir órdenes a quien presta el servicio con respecto a la ejecución de la labor contratada, así como la fijación de horarios de trabajo, lo que tipifica el contrato de trabajo con derecho a prestaciones sociales, así se le haya dado otra denominación.

En el caso bajo estudio está demostrada la actividad personal del trabajador conforme a las pruebas obrantes en el expediente y que ejerció las funciones de servicios generales sin interrupción, entre el 9 de mayo de 2006 y el 30 de junio de 2015, así como la continuada subordinación o dependencia respecto del empleador, pues debía cumplir órdenes de sus superiores, como se acreditó con la prueba documental y testimonial, pues no se trataba de una simple coordinación para el desarrollo del contrato sino que le impartía ordenes correspondientes para realizar las labores en el horario de trabajo establecido por la entidad. Además, no tenía autonomía para realizar sus funciones ni la independencia para desarrollarlas, ya que debía solicitar permiso para ausentarse de su trabajo y prestaba sus labores con los elementos e instrumentos que le entregaba la entidad y percibía un salario o retribución económica por el servicio prestado.

Lo expuesto permite concluir que en el sub examine se configuraron los tres elementos de la relación laboral durante los períodos en que se suscribieron los contratos de prestación de servicios, esto es, entre el 9 de mayo de 2006 y el 30 de junio de 2015 y en consecuencia se configuraron los presupuestos para hacer primar la realidad sobre las formas pactadas por las partes y por lo tanto le asiste a la trabajadora el derecho al pago de las acreencias laborales correspondientes.

Indemnización moratoria.- Al respecto es necesario señalar que la jurisprudencia ha indicado en casos como el que es objeto de estudio, que la demandada no obró de buena fe pues no puede tomarse como excusa que la vinculación se dio bajo la modalidad de un contrato de prestación de servicios porque, se ha hecho un uso indebido de esa forma de contratación estatal, para esconder una verdadera relación laboral, máxime cuando iba en contravía del artículo 32 de la Ley 80 de 1993 que dispone que "Son contratos de prestación de servicios los que celebren las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad. Estos contratos sólo podrán celebrarse con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados"

En este caso, si la actora debía cumplir un horario de trabajo y ordenes de la demandada ha debido vincularla mediante un contrato de trabajo, de lo no puede concluirse como lo pretende el recurrente la existencia de una buena fe, ni razones serias o atendibles configurativas de buena fe, que la exoneren de la condena a la sanción por mora, pues de tener en cuenta que la buena fe, corresponde a un actuar de manera honesta, lo que no se concluye del actora de la accionada.

Por último, el proceso ordinario 2017 00189 citado por la parte recurrente no puede ser tenido en cuenta para este efecto, toda vez que en cumplimiento de un fallo de tutela se profirió nuevamente sentencia en la que confirmó la decisión de primera instancia respecto a la indemnización moratoria notificado el 26 de agosto de 2021, como lo manifestó el recurrente en sus alegatos de conclusión, lo que se verificó en el sistema de "consulta de procesos".

No es de recibo el argumento expuesto por la recurrente en cuanto a que solo ahora se declara la existencia de la relación laboral y por lo tanto no puede condenarse al pago de la indemnización moratoria desde el año 2015, pues es claro que la vinculación se dio bajo un contrato realidad y no mediante un contrato de prestación de servicios, por lo que la condena al pago de la moratoria procede desde la fecha en que se venció el plazo con el que contaba la entidad para efectuar el pago de las prestaciones sociales.

Liquidación de acreencias laborales.- Para la liquidación de las acreencias a que fue condenada la demanda se tomaron por parte del juzgado los salarios certificados por la demandada, los contratos de prestación de servicios aportados y las actas de liquidación de estos, por lo que las liquidaciones se encuentran ajustadas a las pruebas allegadas.

De conformidad con lo expuesto, se **confirmará** la sentencia de primera instancia en todas sus partes.

Costas. - Las de primera instancia se confirman, las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente demandada. Se fija la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

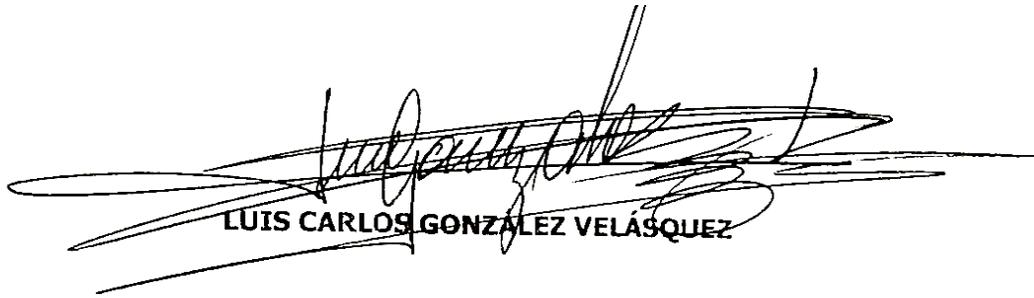
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de agosto de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte recurrente demandada. Se fija la suma de UN MILLÓN DE PESOS M/Cte. (\$1.000.000) como agencias en derecho.

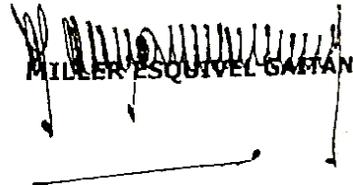
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAÍTAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS EFRAÍN TERÁN CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Rad. 2020 00350 01. JUZ 29.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARLOS EFRAÍN TERÁN demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a las **AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 2 de la demanda (numeral 1 del expediente digital).

- DECLARAR la Ineficacia del traslado de Régimen que realizó el demandante el día 1 de mayo de 1994 del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (ISS) – Hoy COLPENSIONES a COLMENA – HOY PROTECCIÓN S.A.
- Se declaren ineficaces los traslados entre administradoras del RAIS.
- Se ordene a COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., Y PORVENIR S.A., realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de Régimen.
- Se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en la cuenta de Ahorro Individual del demandante.

- Se ordene a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, recibir en esa administradora sin solución de continuidad a CARLOS EFRAÍN TERÁN.
- Se ordene a la demandada COLPENSIONES, una vez reciba los aportes del demandante de parte de PROTECCIÓN S.A., proceda a corregir y actualizar la historia laboral del actor.
- Se declare que para todos los efectos la única afiliación válida fue la efectuada el 22 de agosto de 1985 al Régimen de Prima Media con el ISS.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5 del expediente. El demandante nació el día 30 de marzo de 1961 y cotizó desde su afiliación al Régimen de Prima media con el ISS, desde el 22 de agosto de 1985 hasta el 30 de abril de 1994, un total de 453 semanas. El día 1 de mayo de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual mediante afiliación a COLMENA – HOY PROTECCIÓN S.A., lo que no estuvo precedido de una información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales. El 1o de junio de 2007 realizó un traslado entre administradoras del RAIS de ING – HOY PROTECCIÓN S.A. a HORIZONTE – HOY PORVENIR S.A. y el 1 de agosto de 2008, efectuó un traslado de AFP de HORIZONTE – HOY PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A. donde hasta el 30 de septiembre de 2020 ha cotizado 1.359 semanas, para un total de 1.812 semanas. Que se debió informar al actor antes del 30 de marzo de 2013, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, conforme lo establece el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 2 de la ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3800 de 2003. PROTECCIÓN S.A., informó al actor que el valor de su mesada pensional para el año 2023 sería de \$2.807.000 mientras que en el RPM sería de \$4.907.857. Elevó derecho de petición al Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. el 21 de octubre de 2020, solicitando la ineficacia del traslado de régimen efectuado el 1 de mayo de 1994 y el 21 de octubre de 2020 presentó la reclamación ante PROTECCIÓN S.A. y ante COLPENSIONES.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de esta ciudad el 12 de mayo de 2021 (Nral. 04 expediente digital), notificadas las demandadas y

la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto al numeral 07 del expediente digital,

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos relacionados con la edad, las cotizaciones efectuadas al RPM y la reclamación administrativa. Manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las declarables de oficio.

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible que obra en el numeral 6 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, los aportes al RPM, la fecha de afiliación al RAIS y la reclamación. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación para devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua de la AFP. Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

LA AFP PORVENIR S.A. no contestó la demanda tal y como se tuvo en cuenta en el auto de fecha 2 de septiembre de 2021. (numeral 010)

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 2 de diciembre de 2021 en la que declaró la ineficacia de la afiliación del señor CARLOS EFRAÍN TERÁN realizada ante CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 07 de abril de 1994 con fecha de efectividad el 01 de mayo de 1994; declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. Ordenó a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones y rendimientos, para lo que concedió el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la providencia. Ordenó a COLPENSIONES a recibir de PROTECCIÓN S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral. No condenó en costas.

Llegó a esta determinación luego de tener en cuenta que se acreditó el requisitos de procedibilidad y que conforme a la línea jurisprudencial existía el deber del fondo de dar un buen consejo al afiliado y respecto de la información a suministrar le correspondía a la AFP allegar la prueba de haber suministrado una información en forma oportuna, completa y clara, por cuanto la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para afirmar que la actora había recibido la información necesaria y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional; además, para el momento del traslado que sucedió unos días después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo que sucedió el 7 de abril de 1994, no existía una preparación a los asesores para dar la información correspondiente a los afiliados, deber que existía desde el 1º de abril de 1994, razón por la cual no se cumplieron los lineamientos de la jurisprudencia por parte de la AFP. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado y para todos los efectos legales expresó que la actora nunca se trasladó de régimen pensional y como consecuencia ordenó el traslado de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de los rendimientos, pero no respecto de los gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y no condenó en costas.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: interpuso el recurso respecto de los valores a devolver, los que deben incluir los gastos de administración para que cuenten dentro de la historia laboral del demandante como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, pues dichos valores han debido ingresar al RPM.

AFP PORVENIR: no interpuso recurso de apelación.

AFP PROTECCIÓN: no interpuso recurso de apelación.

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

Parte demandante: Solicitó se confirme la decisión por cuanto la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. no cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen conforme a los lineamientos de la CSJ SL.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Pidió que se revoque la decisión de primera instancia porque el traslado fue totalmente válido y no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento, además, está inmerso en la prohibición de la Ley 797/2003 y declararse una ineficacia omitiendo dicha prohibición genera una descapitalización del Sistema General de Pensiones.

PORVENIR: Solicitó, en síntesis, se revoque la decisión por cuanto es válido el traslado conforme a las normas existentes al momento del mismo y el demandante no acreditó la existencia de vicios del consentimiento que permitan declarar una nulidad.

PROTECCIÓN: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*".

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 128 del numeral 001 expediente digital, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 21 de octubre de 2010 y la respuesta visible a folio 139, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS porque suscribió formulario de afiliación con COLMENA el 11 de abril de 1994 (NUMERAL 006 contestación de demanda fl. 36), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no recibió una asesoría que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 11 de abril de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

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

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

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

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

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
c) Nombre y apellidos del afiliado;

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

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

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

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

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

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

³ "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"

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. 31.989⁴, por lo que no le correspondía al actora buscar la información; pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto era responsabilidad de la AFP suministrar la información necesaria.

Como la carga de la prueba se encontraba a cargo de PROTECCIÓN S.A. le correspondía demostrar haber suministrado la información, lo que no hizo, ya que la demandada se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero no demostró si le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse 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 saneó por el hecho de que el demandante no hubiera solicitado posteriormente una información, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS no acredita que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación; así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de

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"

cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y** iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Respecto a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es menester indicar que la declaratoria de ineficacia declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea esta consecuencia y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En cuanto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, como parece entenderlo la apoderada de COLPENSIONES, sino de la ineficacia del traslado que se realizó el 28 de enero de 1997, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia, dicho argumento no es aplicable al caso.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Este fue el aspecto objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho 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 contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Por lo expuesto, se modificará el ordinal segundo de la sentencia recurrida en cuanto a disponer que junto a los aportes rendimientos y bonos que le puedan corresponder al demandante se deberán devolver también sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. y gastos de administración.

Costas. - Al respecto se observa que en primera instancia no fue condenada al pago de costas y como no se interpuso recurso de apelación sino por parte de COLPENSIONES el cual prosperó no se impondrá condena en costas.

Conforme a las motivaciones anteriores se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

COSTAS. -

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el dos (2) de diciembre de dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de disponer que junto a los aportes rendimientos y bonos que le puedan corresponder al demandante se deberán devolver también sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. y gastos de administración por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

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

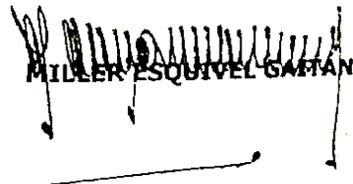
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

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 LUZ MERY MORENO TURGA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y
la AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2020 00231 01. JUZ 36.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a resolver en primer lugar la apelación interpuesta por la AFP PROTECCIÓN contra el auto proferido en la audiencia del 27 de enero de 2022 que negó la integración del litis consorcio necesario con el MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

**A U T O
ANTECEDENTES**

Admitida la demanda presentada por LUZ MERY MORENO TURGA contra LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA AFP PROTECCIÓN en audiencia del 27 de enero de 2022 la demandada AFP PROTECCIÓN solicitó al juzgado la integración del litis consorcio necesario con el MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, con fundamento en que al cumplimiento de los 60 años de la demandante se le reconoció un bono pensional tipo A modalidad 2 al fondo de pensiones, bono que ingresó a la cuenta de ahorro individual de la demandante y como las pretensiones de la demanda tienen como finalidad la ineficacia del traslado esos dineros se tendrían que reintegrar al Ministerio ya que COLPENSIONES no maneja este tipo de bonos.

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, en la misma audiencia resolvió negar la integración de litis consorcio necesario por cuanto consideró que se puede resolver

la controversia sin la asistencia de la parte solicitada ya que conforme a la jurisprudencia en estos casos, el fondo debe devolver los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del afiliado incluyendo los bonos pensionales reconocidos y con el mismo fundamento negó la reposición del auto proferido y concedió el recurso de apelación en el efecto devolutivo.

RECURSO DE ALZADA

El apoderado judicial de la AFP PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación respecto de esta decisión, por cuanto considera que se permite la vinculación del litis consorcio necesario conforme al artículo 61 del C.P.T. ya que PROTECCIÓN recibió el bono pensional y su valor fue acreditado en la cuenta de ahorro individual de la demandante por lo que se debe vincular al MINISTERIO DE HACIENDA por las consecuencias que se generarían en caso de declarar la ineficacia del traslado por lo que se requiere la presencia del MINISTERIO DE HACIENDA pues debe devolverse el bono tipo A modalidad 2 al Ministerio para que ellos determinen la anulación del bono y dejar las cosas en su estado inicial.

CONSIDERACIONES

Conforme al numeral 2º del artículo 65 del C. P.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 712 de 2011 es apelable el auto que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros, razón por la que se conoce el recurso de apelación interpuesto por la AFP PROTECCIÓN que negó la integración del litis consorcio necesario con el MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES.

Para resolver se tiene en cuenta que el artículo 61 del C.G.P. dispone lo siguiente:

*"Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes faltan para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.
(...)"*

Lo primero a tener en cuenta es que el recurrente manifiesta que se reconoció un bono pensional a la actora el año anterior (2020) por cumplir los 60 años de edad lo que fue abonado a la cuenta de ahorro individual de la demandante; sin embargo revisado el Reporte de Estado de Cuenta de la demandante que fue aportado con la contestación de la demanda y que obra a folios 31 a 89 del archivo 07 del expediente digital, expedido por el Fondo el 3 de febrero de 2021, hasta el mes de diciembre de 2020 no se observa el registro del valor correspondiente al bono pensional mencionado a la cuenta de la demandante y tampoco se aportó documento alguno que acredite que el MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE BONOS PENSIONALES haya efectuado el pago de un bono pensional en dicho año a favor de la afiliada. Igualmente, se indicó por el apoderado judicial una vez interrogado por la juez de primera instancia sobre el reconocimiento de la pensión, que esta no se había reconocido a la actora por parte del Fondo.

Por otra parte, ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a que en caso de prosperar la ineficacia del traslado de régimen se debe condenar al Fondo de Ahorro Individual a trasladar a Colpensiones, además del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado con sus correspondientes rendimientos, **los bonos pensionales**, sin hacer distinción alguna respecto al tipo de bono.

Y ello es así, por cuanto el bono pensional es el derecho que tienen las personas que estuvieron en el régimen de prima media a que los aportes efectuados, sean tenidos en cuenta al momento de trasladarse a un fondo de pensiones del régimen de ahorro individual. Es decir, es la forma en que se traen los aportes efectuado por el afiliado del RPM al régimen privado para que puedan sumar el capital total para su pensión.

Así las cosas, considera la Sala que no se hace necesaria la integración del litis consorcio necesario con el MINISTERIO DE HACIENDA – OFICINA DE BONOS PENSIONALES y en consecuencia de **CONFIRMARÁ** la decisión proferida al respecto en primera instancia.

Conforme a lo anterior, se pasa a resolver la apelación interpuesta respecto de la sentencia proferida en primera instancia.

SENTENCIA

LUZ MERY MORENO TURGA demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 5 de la demanda (numeral 1 del expediente digital).

- DECLARAR la nulidad o ineficacia del traslado de Régimen que realizó la demandante de COLPENSIONES a PROTECCIÓN S.A.
- Se ordene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes.
- Se reconozca la pensión de vejez a la actora por parte de COLPENSIONES con el retroactivo y los intereses moratorios e indexación.
- Costas

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5 del expediente. La demandante nació el 19 de agosto de 1960 y efectuó cotizaciones al ISS desde el 2 de agosto de 1982 hasta el 18 de junio de 1992 y a PROTECCIÓN a partir del mes de mayo de 1994. Que el traslado se dio sin la información requerida que estaba a cargo de la AFP, como tampoco se le prestó la doble asesoría ni se le brindó la información respecto a la posibilidad de pensionarse en cada uno de los regímenes o su situación en caso de no cumplir los requisitos para pensionarse. Que el 16 de marzo de 2020 solicitó ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. la nulidad del traslado y en la misma fecha se solicitó a COLPENSIONES reconocimiento de la pensión previo el traslado del fondo privado.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de esta ciudad el 18 de enero de 2021 (Nral. 05 expediente digital), notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO y corrido el traslado respectivo, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

Respecto de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 24 de septiembre de 2021, en dicho proveído también se ordenó comunicar a la

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN por sí, a bien lo tuviera, interviniera dentro del trámite.

La **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en escrito del 25 de enero del año en curso, solicitó la práctica del interrogatorio de parte a la demandante y propuso como excepción de fondo la denominada prescripción parcial en caso de que en la sentencia se reconociera un beneficio pensional. (Archivo 02 dentro de la carpeta 16 del Exp. Digital)

La **AFP PROTECCIÓN S.A.** en los términos del escrito visible que obra en el numeral 6 del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones relacionadas con el traslado de régimen.
- En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, los aportes al RPM, la fecha de afiliación al RAIS y la reclamación. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación para devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua de la AFP. Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo el día 27 de enero de 2022 en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora LUZ MERY MORENO TURGA del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 6 de abril de 1994, a través de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. Condenó a PROTECCIÓN S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluya cotizaciones y rendimientos y bonos pensionales, sin que le sea posible descontar suma alguna por concepto de gastos de administración o

cualquier otro concepto. Condenó a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la demandante LUZ MERY MORENO TURGA. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

Llegó a esta determinación luego de tener en cuenta que conforme a la línea jurisprudencial existía el deber del fondo de dar un buen consejo al afiliado y respecto de la información a suministrar le correspondía a la AFP allegar la prueba de haber suministrado una información en forma oportuna, completa y clara, por cuanto la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para afirmar que la actora había recibido la información necesaria y suficiente para tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional obligación que existía desde su creación, razón por la cual no se cumplieron los lineamientos de la jurisprudencia por parte de la AFP. En cuanto al interrogatorio de parte no consideró que se demostrara la información que debió suministrar al momento del traslado, no se le indicó que era una cuenta de ahorro individual, qué eran los aportes voluntarios y las consecuencias del traslado incluso de los requisitos para pensionarse. Por lo anterior, declaró la ineficacia del traslado y para todos los efectos legales expresó que la actora nunca se trasladó de régimen pensional y como consecuencia ordenó el traslado de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, además de los rendimientos y los bonos pensionales, sin descontar los gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y no condenó en costas.

Recurso de Apelación

AFP PROTECCIÓN: interpuso recurso de apelación en cuanto a ordenar la devolución de los gastos de administración porque estos fueron autorizados por la misma norma que la facultó para hacer las deducciones para cubrir los gastos de administración y gastos previsionales más aún cuando la APF ha duplicado los aportes efectuados por la demandante durante su permanencia en la AFP lo que es un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES y una condena de perjuicios en contra de la AFP los que no fueron demostrados y sobre los que opera la prescripción. Además, respecto del bono pensional porque COLPENSIONES no es beneficiaria de estos bonos.

COLPENSIONES: Interpone recurso de apelación para que se revoque la sentencia por cuanto de las pruebas recaudas se puede concluir que lo que existió fue un error de derecho que con el paso del tiempo se subsanó y que si bien es cierto la Corte Suprema ha indicado el deber de información lo cierto es que para la época del traslado no existía la obligación de comparaciones ya que a la actora le faltaban mas de 20 años para alcanzar el derecho y no se interesó en las consecuencias de la firma del formulario lo que fue su negligencia y aunque la AFP regrese todos los aportes se estará afectando el principio de la sostenibilidad financiera.

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

Parte demandante: Hizo un resumen de las etapas en que se ha desarrollado el deber de información, buen consejo y doble asesoría y concluyó en síntesis que no le fue brindada la suficiente información al momento del traslado de régimen, por lo cual solicitó la confirmación de la decisión.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Indicó, en resumen, que el traslado es válido y acorde a las normas vigentes para la época, por ello, no hay lugar a declarar la ineficacia de régimen, además, que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003 y al ordenarse su traslado sin tener en cuenta dicha prohibición se genera una descapitalización del Sistema General de Pensiones, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión.

AFP PROTECCIÓN: Guardó silencio.

Interviniente: Guardó silencio.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 75 y 76 del numeral 001 expediente digital, contentivo de la solicitud elevada ante COLPENSIONES el 16 de marzo de 2020, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que se encuentra afiliada al RAIS porque suscribió formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCION S.A. el 8 de abril de 1994 (NUMERAL 007 contestación de demanda fl. 28), afiliación que actualmente se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo e ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no recibió una asesoría que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 8 de abril de 1994, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLMENA S.A. hoy PROTECCIÓN S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos

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"

prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, por lo que no le correspondía al actora buscar la información; pues el deber de información estaba en cabeza de la AFP y por lo tanto era responsabilidad de la AFP suministrar la información necesaria.

Como la carga de la prueba se encontraba a cargo de PROTECCIÓN S.A. le correspondía demostrar haber suministrado la información, lo que no hizo, ya que con el interrogatorio de parte de la actora nada se acreditó respecto de haber suministrado información sobre la cuenta de ahorro individual, los aportes voluntarios y las consecuencias del traslado, incluso de los requisitos para pensionarse y por el contrario la demandada se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, pero no demostró si le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de no realizar una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que el demandante no hubiera solicitado posteriormente una información, lo que no constituye negligencia como lo pretende COLPENSIONES en su recurso ya que la obligación de suministrar la información correspondía al Fondo; además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS no acredita que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación; así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

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"

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sana con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y** iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Respecto a los principios de seguridad jurídica y confianza legítima, es menester indicar que la declaratoria de ineficacia declaratoria no es caprichosa por parte del A-quo, por el contrario, la jurisprudencia de la SL CSJ ha sido clara en indicar que la falta de información acarrea esta consecuencia y que el acto de reclamar o solicitar la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen es imprescriptible, en razón a que, no se discute en el momento beneficio económico alguno, solo se juzga el actuar correcto o incorrecto de la AFP al momento de lograr la afiliación del trabajador.

En cuanto a la prohibición legal para el traslado por encontrarse a menos de 10 años de cumplir el requisito de la edad, es de tener en cuenta que no se trata de un traslado de régimen, sino de la ineficacia del traslado que se realizó el 28 de enero de 1997, razón por la que la afiliación volvió a su estado anterior, es decir a que el demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida, y en consecuencia, dicho argumento no es aplicable al caso.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y sostenibilidad financiera.

Este fue el aspecto objeto de apelación por parte de COLPENSIONES y de PROTECCIÓN S.A. frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual las AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez,

dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho 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 contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos evita que exista una descapitalización del Sistema General de Pensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Por lo expuesto, se confirma la decisión en cuanto a disponer que junto a los aportes rendimientos y bonos que le puedan corresponder al demandante se deberán devolver también sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C. y gastos de administración.

Por último, respecto del bono pensional como se indicó en al momento de resolver el recurso interpuesto respecto de la integración del litis consorcio necesario, ha sido reiterada la jurisprudencia respecto a que en caso de prosperar la ineficacia del traslado de régimen se debe condenar al Fondo de Ahorro Individual a trasladar a Colpensiones, además del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del afiliado con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales, sin hacer

distinción alguna respecto al tipo de bono, pues estos financian la pensión que en un futuro se reconozca a la demandante.

Costas. - Se confirman las de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una de las demandadas recurrentes.

Conforme a las motivaciones anteriores se CONFIRMARÁ la sentencia de primera instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

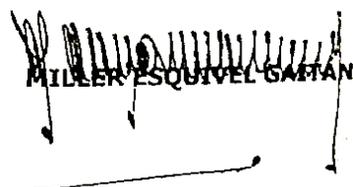
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022) por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – Costas.- Las de primera se confirman. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO GUTIÉRREZ PIRAQUIVE
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Rad. 2019 – 00524 01 Juz. 34.**

En Bogotá D.C., a los tres (03) días de mayo dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ÁLVARO GUTIÉRREZ PIRAQUIVE demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el folio 27.

- Se declare que es beneficiario del régimen de transición.
- Incremento del 14% por personas a cargo.
- Retroactivo.
- Intereses moratorios.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos de la demanda se describen a folio 28. El demandante contrajo matrimonio con TERESA BERNAL CABRA el 21 de agosto 1980, quien depende económicamente de él. El ISS hoy Colpensiones en Resolución 041305 de 2009 le reconoció pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición. BERNAL CABRA no cuenta con ninguna prestación económica para su sustento. Durante los años 2011, 2013, 2015 y 2018 solicitó el reconocimiento del incremento pretendido el que siempre se negó.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 46 a 49.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó el reconocimiento pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049/90 en aplicación del régimen de transición, las reclamaciones elevadas para solicitar el incremento pensional y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, pago, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver de las pretensiones de la demanda. Llegó a esa determinación al aplicar lo previsto en la sentencia de unificación SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, al constatar que al demandante le fue reconocida la prestación con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 y en virtud de la jurisprudencia citada los incrementos pensionales deprecados sufrieron una derogatoria orgánica y como quiera que el reconocimiento pensional se dio en el año 2009, para tal momento los incrementos previstos en el Decreto 758/90 ya no eran aplicables.

Recurso de Apelación

Parte Demandante: Solicitó se revoque la decisión al considerar que la decisión del A quo resulta contraria a los postulados enseñados por la SL CSJ, lo previsto en el artículo 53 constitucional, además desconoce las garantías que otorga el beneficio

de la transición, la inescindibilidad de las normas y condición más beneficiosa. De otra parte, alega que existen muchos pensionados que gozan de este beneficio a través de diferentes decisiones judiciales y que la falta de reconocimiento lo que cercenar sus derechos fundamentales.

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

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: Pidió se confirme la decisión por cuanto los incrementos pensionales fueron derogados expresamente al momento de la expedición de la Ley 100/1993, por ello, la decisión de absolver de las pretensiones incoadas por GUTIÉRREZ PIRAQUIVE al fondo público es una decisión ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 4 de agosto de 2011 (fl 8) en la que se solicitó el incremento por personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado del demandante

No se controvierte que el demandante es beneficiario del régimen de transición, pues nació el 23 de Julio de 1949 (fl 3) luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 43 años de edad, por lo que la prestación fue reconocida en Resolución No 041305 de 2009 (fl 4) bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del referido beneficio, a partir del 1 de septiembre de 2009, en cuantía de \$496.900 con base en 1637 semanas.

Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional. No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política¹, criterio que acoge La Sala y por consiguiente se entrará a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

Precisado lo anterior, en el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez como ya se precisó fue reconocida mediante Resolución No. 041305 de 2009 (fl.4) a partir del 1 de septiembre de 2009, fecha para la cual los incrementos del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ya se encontraban derogados, tal como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia antes referida, se colige que su aplicación resulta inviable, y le asiste razón al A quo para absolver de las pretensiones de la demanda.

Bajo estas razones, La Sala **CONFIRMA** la absolución de COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada están a cargo del apelante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de octubre de 2021 por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

COSTAS. Sin costas en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de la parte demandante.

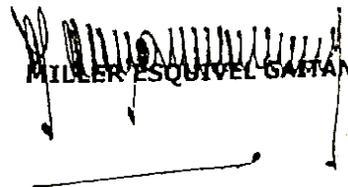
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAÑÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE BENJAMÍN MENDOZA VARGAS
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-
COLPENSIONES Rad. 2017 – 00667 Juz. 14.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de mayo dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

BENJAMÍN MENDOZA VARGAS demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el folio 23.

- Incremento por personas a cargo.
- Retroactivo.
- Indexación
- Costas y agencias en derecho.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 21 y 22. El demandante contrajo matrimonio con GLORIA MARÍA MARTÍNEZ DE MENDOZA el 19 de diciembre de 1970, GLADYS MENDOZA MARTÍNEZ nació el día 11 de noviembre de 1971 (hija del demandante) también depende económicamente de MENDOZA VARGAS, quien presenta una PCL del 52.0% calificada por CAPRECOM. El ISS hoy Colpensiones en Resolución 015443 de 2002 le reconoció pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en aplicación del régimen de transición. MARTÍNEZ DE MENDOZA

(cónyuge del demandante) no cuenta con ninguna prestación económica para su sustento. El 26 de septiembre de 2017, agotó la reclamación administrativa y mediante resolución SUB 10185774 del 26 de septiembre del mismo año se negó el incremento.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 46 a 49.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó el reconocimiento pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049/90 en aplicación del régimen de transición, las reclamaciones elevadas para solicitar el incremento pensional y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni de indemnización moratoria, pago, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Catorce puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver de las pretensiones. Llegó a esa determinación al aplicar lo previsto en la sentencia de unificación SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional, al constatar que al demandante le fue reconocida la prestación con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 y en virtud de la jurisprudencia citada, los incrementos pensionales deprecados sufrieron una derogatoria orgánica y como quiera que el reconocimiento pensional se dio en el año 2009, momento para el cual los incrementos previstos en el Decreto 758/90 ya no eran aplicables.

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

Parte demandante: Indicó que se demostró la dependencia económica al causante, que, además, la demanda fue presentada antes de la publicación de la sentencia SU-140 de 2019, por lo que debe valorarse la situación con la normativa vigente para dicho momento, razones por las que pidió se revoque la decisión de primera instancia y se acceda a las pretensiones.

Parte demandada:

COLPENSIONES: Allegó documentos que acreditan su calidad de apoderada de COLPENSIONES, no obstante, no se avizora escrito de alegatos.

AGENCIA DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO: Intervino en pro de los intereses de COLPENSIONES y en síntesis, indicó que los incrementos pensionales están derogados orgánicamente al momento de entrar en vigencia la Ley 100/1993, situación confirmada por la sentencia SU-140 de 2019, por lo que las pretensiones deben ser negadas.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones de la parte actora y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 26 de septiembre de 2017 (fl 16) en la que se solicitó el incremento por personas a cargo. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de pensionado del demandante

No se controvierte que MENDOZA VARGAS es beneficiario del régimen de transición, pues nació el 30 de abril de 1942 (fl. 7) luego para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 51 años de edad, por lo que la prestación fue reconocida en Resolución No 015443 de 2002 (fl. 10) bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990 en virtud del referido beneficio, a partir del 30 de abril de 2002, en cuantía de \$1.027.701.

Vigencia y exigibilidad de los Incrementos Pensionales

Frente a la vigencia y exigibilidad de los incrementos pensionales La Sala aclara que hasta hace poco tiempo acogía el criterio de La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que considera que los incrementos pensionales por personas a cargo consagrados en el Acuerdo 049 de 1990, continúan vigentes y son de plena aplicación en los casos de pensiones reconocidas bajo esa normativa, ya sea porque la pensión se causó durante su vigencia o con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en virtud del régimen de transición, al considerar que esta última norma no los reguló en forma expresa ni los derogó y en virtud de la aplicación de los principios de favorabilidad e inescindibilidad, criterio que en este aspecto compartía la Corte Constitucional. No obstante, no puede pasar desapercibido que en sentencia SU 140 de 2019 la H. Corte Constitucional recogió tal criterio para en su lugar limitar su aplicación solo a aquellas personas que hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, ya que esta última normativa derogó de manera orgánica tales incrementos aun para los beneficiarios del régimen de transición previsto por el artículo 36 ibídem, además de considerar que su reconocimiento va en contravía del el Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, criterio que acoge La Sala y por consiguiente se entrará a verificar la fecha en que el demandante cumplió los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, para así determinar el eventual derecho a los citados incrementos.

Precisado lo anterior, en el caso que nos ocupa se tiene que la pensión de vejez como ya se precisó fue reconocida mediante Resolución No. 015443 de 2002 (fl.10) a partir del 30 de abril de 2002, fecha para la cual los incrementos del artículo 21

del Acuerdo 049 de 1990 ya se encontraban derogados, tal como fue señalado por la Corte Constitucional en la sentencia antes referida, por lo que se concluye que su aplicación resulta inviable y le asiste razón al A quo para absolver de las pretensiones de la demanda.

Bajo estas razones, La Sala **confirma** la absolución de COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

COSTAS

Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

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

RESUELVE

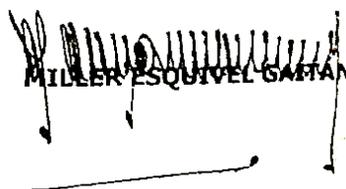
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de noviembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN