

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 ANA CECILIA SILVA RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A. Rad. 2018-00675 01 Juz 36.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo 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

ANA CECILIA SILVA RODRÍGUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.** y a **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folios. 9 y 10.

- Nulidad del traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Ordenar el traslado de aportes, rendimientos y demás a Colpensiones.
- Ordenar a Colpensiones recibir a la actora sin solución de continuidad y contabilizar las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual
- Facultades ultra y extra petita
- Costas del proceso.

- Como pretensión subsidiaria solicita se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado de régimen al no existir el consentimiento libre, voluntario e informado.

Los hechos de la demanda se describen a folios 7 y 8. Que estuvo afiliada al ISS desde el 9 de abril de 1980 hasta el 1º de octubre de 1994, fecha a partir de la cual se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. quien no le suministró una información completa, clara, veraz y oportuna respecto de las diferencias entre los dos regímenes, no le informó sobre los valores que debía tener en la cuenta de ahorro individual para tener derecho a la pensión, no le informó que no todo el aporte que hiciera iría a su cuenta sino que se destinaría a otros conceptos, ni la posibilidad que tenía de retractarse o de negociar el bono pensional. No le explicó que la pensión se liquidaría teniendo en cuenta la vida conjunta de la afiliada y sus beneficiarios. Que mediante solicitud radicada 2018-11618047 solicitó a COLPENSIONES el traslado de régimen lo que fue rechazado mediante comunicación del 17 de septiembre de 2018 y que actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta ciudad el 26 de febrero de 2019, notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, corrido el traslado respectivo contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLPENSIONES.- (fl. 100 y 128)

- Se opuso a las pretensiones
- Aceptó los hechos relacionados con la afiliación de la demandante al ISS, la reclamación del 17 de septiembre de 2018 y la respuesta negativa. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

La **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.**, contestó en los términos del escrito visible en folios. 159 a 172.

- Se opuso a las pretensiones dirigidas en su contra
- En cuanto a los hechos manifestó que no le constan.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa, inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica.

LA AFP PORVENIR S.A.- (fls. 196 a 214).

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la afiliación de la demandante al RAIS y negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepción previa la de falta de integración del contradictorio con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, la innominada o genérica, inexistencia de vicios del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 16 de septiembre de 2021, en la cual declaró la ineficacia del traslado efectuado por la señora ANA CECILIA SILVA RODRÍGUEZ, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, efectivo desde el 1º de octubre de 1994, a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. Condenó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otro concepto. Condenó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, la totalidad de los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante durante la vigencia de la afiliación por gastos de administración, comisiones o

cualquier otro tipo de conceptos. Declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las AFP SKANDIA Y PORVENIR S.A.

Llegó a esa determinación al considerar que el deber de información se encuentra en cabeza de la AFP desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que conforme a la jurisprudencia le correspondía haber suministrado información veraz y suficiente a la demandante respecto a los beneficios y desventajas del traslado de régimen lo que no ocurrió en el presente caso, sin que fuera necesario demostrar un perjuicio y que la suscripción del formulario no exige a la demandada de la demostración de haber suministrado la información, carga de la prueba que no puede trasladarse al afiliado. En razón a ello declaró la ineficacia del traslado y la devolución de los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, incluidas las comisiones, que están a cargo de todas las administradoras a las cuales estuvo afiliada la actora conforme lo indicó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL- 3464 de 2019, razones por las que ordenó la devolución no solo de los aportes sino de los demás conceptos descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Recursos de apelación

La demandada COLPENSIONES. – Interpuso recurso de apelación por considerar que para la época era imposible para los fondos prever como serían las cotizaciones de la demandante y demás factores ya que en dicho régimen varían las condiciones pensionales. Que se debe estudiar el caso en forma particular ya que la demandante no tenía una expectativa legítima para pensionarse y firmó voluntariamente el formulario de afiliación, además de haber saneado dicha situación pues estuvo afiliada durante varios años al régimen y se trasladó entre fondos privados, falta que debe endilgarse solo a la demandante.

La demandada AFP SKANDIA S.A. Apela respecto del numeral tercero de la sentencia en la que se indica que debe retornar los gastos de administración, dado que el Decreto 3995 de 2008 art. 7º señala cuáles son los emolumentos que deben trasladarse entre administradoras y nada indica respecto a los gastos de administración, por lo que, al ser la norma citada, superior a la jurisprudencia, los jueces están sometidos al imperio de la ley, por lo que solicita se revoque esta decisión. Señala que en función de la Ley 100 de 1993 una parte de estos gastos están destinados a pagar a las aseguradoras por lo que no están en su poder dicho

dineros. Solicita que en caso de confirmar la sentencia se declare la prescripción respecto de los gastos de administración para lo que debe acogerse el artículo 1081 del C.C. referente a los contratos de seguros que es de 2 años, por lo que prospera la excepción de prescripción propuesta.

PORVENIR S.A.- Recurre la decisión respecto del deber de información, debido a que la AFP suministró información suficiente a la actora y ella suscribió el formulario de afiliación en forma libre y voluntaria, por lo que no es una simple declaración vacía, sino que la demandante era una persona capaz de obligarse y que tuvo la oportunidad de regresar al régimen. Respecto a los gastos de administración manifiesta que no forman parte integral de la pensión y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción; además que el traslado de los gastos de administración configura un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES.

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

Parte demandante: Pidió se confirme la decisión en razón a que se demostró que el fondo privado no cumplió con el deber de información que le asistía al momento del traslado, lo cual invalida la afiliación de SILVA RODRIGUEZ al RAIS. Hizo un recuento de los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales para el caso particular y sostuvo que la simple suscripción del formulario es insuficiente para acreditar el cumplimiento al deber de información y como la demandada no cumplió con la carga de la prueba para desvirtuar los argumentos expuestos, el traslado debe declararse ineficaz.

Parte demandada.

AFP SKANDIA: Guardó silencio en la etapa procesal correspondiente.

COLPENSIONES: Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto el traslado fue válido, la AFP cumplió con la carga que le asistía para ese momento y no puede decirse que faltó a deberes que en su momento aún no existían. Argumentó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, lo que hace imposible su regreso al RPM, además de que la permanencia en el tiempo de afiliación al RAIS y los traslados horizontales convalidan la voluntad de la actora de pertenecer al régimen privado. Concluyó que al declarar la ineficacia del

traslado y ordenar la afiliación de la demandante en el RPM se afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

PORVENIR S.A.: Expuso que el traslado de régimen con la antigua AFP HORIZONTE es válido, no estuvo precedido de ningún vicio del consentimiento y la actora era plenamente capaz al momento de suscribir el formulario de afiliación. Sostuvo que si existiere alguna nulidad relativa al momento de la suscripción del formulario, la permanencia en el tiempo en el RAIS por parte de SILVA RODRÍGUEZ saneó cualquier nulidad. Indicó que conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de forma automática, por ende, debe valorarse las pruebas allegadas, las cuales, en el caso particular, acreditan que el traslado tuvo plena validez, razones por las que solicita la revocatoria de la decisión.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del proceso 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*", por lo que se analizará si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado de la demandante al régimen administrado por COLPENSIONES, así como la devolución del capital acumulado junto con los rendimientos y demás gastos de administración y seguros y por último, sobre la prosperidad de la prescripción respecto a los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada por Colpensiones el 17 de septiembre de 2018 que obra a folio 48, 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 1º de

octubre de 1994 cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR S.A., hasta la actualidad (fl. 49).

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen la parte actora solicita se declare nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que tomó tal decisión por cuanto la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía. Con relación a esto, si bien la demandante el 1º de octubre de 1994 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 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

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)

momento del traslado, es a que la AFP hubiera 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.

Como se trata de una decisión 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 o características, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora 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 generó 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 proyectara, 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.

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.

Nada de lo anterior demostró la AFP que asumió la afiliación que hizo la demandante, ya que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y de la declaración rendida por ella, y en el caso en concreto no se demostró que la afiliada hubiera recibido una explicación clara y suficiente, sino una información general del régimen pensional ya que no le fue expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al RAIS, una proyección del monto de su pensión que es posible efectuar actuando el mismo IBC; o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad. Así mismo, 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 ha existido desde un inicio (SL1452-2019) y es por esto que el argumento de permanencia en el RAIS por muchos años no procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión del cambio de régimen, como tampoco el que la actora no hubiera solicitado información durante su permanencia en el RAIS, pues era obligación de la AFP suministrarla antes de efectuar el traslado.

Se debe tener en cuenta 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 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado,

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

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

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

⁴ " 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.

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 beneficiario 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 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”.*

Respecto a la apelación de la AFP PORVENIR S.A. Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 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

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

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

(...)

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

para 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 (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."

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. Tampoco afecta a esta decisión lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008 art. 7º que señala cuáles son los emolumentos que deben trasladarse entre administradoras, pues no se trata este caso de una múltiple vinculación, que es la situación reglamentada por el decreto en mención, sino de la ineficacia del traslado que trae las consecuencias ya mencionadas, diferentes a las de múltiple vinculación.

Resultan los anteriores razonamientos suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para **COLPENSIONES** y para **PORVENIR S.A.**

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 Seis Laboral del Circuito de Bogotá el día 16 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. La de primera instancia se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cada entidad.

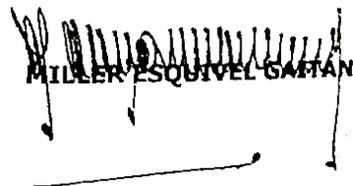
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAÑÁN

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 GILMA ISABEL ROJAS DE SORA
CONTRA POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS SA. Rad. No. 2018 00207 Juz.
27.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo 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

GILMA ISABEL ROJAS DE SORA demandó a **POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 4.

- Acrecimiento de la mesada que percibe por concepto de pensión de sobrevivientes.
- Retroactivo comprendido entre el 29 de noviembre de 2008 y el 31 de diciembre de 2014.
- Intereses moratorios.
- Indexación.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 3 y 4. Mediante Resolución No 3188 del 01 de enero de 1993, le fue reconocida una pensión de sobrevivientes por parte de la demandada en un 50%, el restante se asignó a las hijas menores MARÍA y YULY HERMENCIA SORA ALVARADO, ellas ya alcanzaron la mayoría de edad, pero la demandada no ha incrementado la mesada. El 03 de julio de 2015 se le contestó

a una petición donde solicitó el acrecimiento de la pensión, aspecto que reiteró el 28 de febrero de 2017 sin que se haya efectuado aún.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada la contestó en la forma y términos del escrito visible a folios 27 a 32.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento pensional (origen, porcentajes y beneficiarios) y la reclamación del acrecimiento.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho y la obligación, enriquecimiento sin causa, prescripción, buena fe y genérica.

Como excepción previa propuso no comprender la demanda todos los litis consortes necesarios, pues en virtud del Dto. 1437 de 2015, consideró necesaria la comparecencia de la UGPP al proceso, a la que se accedió en audiencia del 22 de julio de 2019.

La **UGPP** contestó la demanda conforme el escrito visto a folios 59 a 61, en los siguientes términos:

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, el porcentaje y la reclamación ante la demandada.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró que la demandante tenía derecho a acrecer su mesada pensional a partir del 28 de noviembre de 2008, condenó a POSITIVA al pago de las diferencias pensionales

causadas desde el 25 de febrero de 2012 al 30 de junio de 2015 por valor de \$14.150.5005, condenó a la UGPP al pago de las diferencias causadas desde el 01 de julio de 2015 al 28 de noviembre de ese año por valor de \$1.589.396. Ordenó el pago indexado de los dineros adeudados, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 24 de febrero de 2012 y condenó en costas a las convocadas a juicio. Llegó a esa determinación al advertir que la demandante tenía derecho a que se acrecentara la mesada en un 100% como quiera que en este momento ya todos los demás beneficiarios de la prestación habían perdido ese derecho. Declaro probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 24 de febrero de 2012 como quiera que se elevó reclamación el 24 de febrero de 2015. Distribuyó el retroactivo pensional así: a cargo de POSITIVA \$14.150.505 por las diferencias causadas entre el 25 de febrero de 2012 y el 30 de junio de 2015 y a cargo de la UGPP entre el 1 de julio al 28 de noviembre de 2015 por la suma de \$1.589.396 conforme lo previsto en el art. 1 de la Ley 1437 de 2015. Absolvió de los intereses moratorios dada la incompatibilidad de existe con la indexación, por lo que dispuso ordenar el pago indexado de las sumas de dinero adeudadas. Y condeno en costas a cada demandada en un salario mínimo legal mensual vigente.

Recursos de apelación

La Demandante: Su inconformidad radica básicamente en la absolución de los intereses moratorios, los que considera procedentes como quiera que la actora siempre ha tenido derecho a acceder al incremento deprecado. Precisa que, de no accederse a ellos, se confirme la condena indexada.

La Demandada Positiva compañía de seguros S.A.: Insiste en su falta de legitimación en la causa por pasiva dado que es una aseguradora y no una entidad encargada de pagos pensionales, su competencia se limita solo a contar con una reserva matemática. La que debe reconocer y pagar los derechos en el asunto es la UGPP, dijo que en el proceso se debió integrar al FONCEP como garante del presupuesto general de la nación. En cuanto a la prescripción, considera que la juez se equivoca en su contabilidad, pues se reclamó el 24 de febrero de 2015 por lo que la demandante contaba hasta esa fecha del año 2018 para ejercer la acción, lo cual hizo hasta abril de ese año, sin que se pueda entender que la excepción sea indefinida.

La Demandada UGPP: Alegó que conforme el Dto. 1435 de 2015, ella asumió el pago que se ventila en el litigio, no obstante, resalta que antes de 2015 la entidad no tenía obligación alguna y que tan pronto contó con la competencia impartió el trámite a cargo, tanto en la vía administrativa como la judicial. Así las cosas, considera que su actuar ha sido de buena fe y por eso no hay lugar a impartirle condena por costas, ni por ningún otro concepto.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

UGPP: Pidió no ser condenada a reajuste alguno por cuanto desde el momento que asumió la obligación pensional de la actora realizó los pagos y reajustes que le correspondían, por lo que ha actuado de buena fe.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si el demandante tiene derecho a que se incremente su mesada pensional, establecer a cargo de quien esta y si son procedentes los intereses de mora que prevé el art. 141 de la ley 100/93. Los demás puntos que no fueron apelados se abordarán en virtud de la consulta prevista en el art. 69 del CPTSS.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud radicada el 24 de febrero de 2015, mediante la cual la demandante reclamó el acrecimiento pensional como consta a folio 44 del expediente administrativo del CD que milita a folio 62, por lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Status de Pensionada de la Demandante

Conforme el material probatorio allegado se corrobora que con la Resolución No 002541 del 13 de abril de 1983 a ISIDRO SORA REYES le fue reconocida una pensión de invalidez de origen profesional, que éste falleció el 2 de julio de 1992, por lo que en la Resolución No 003188 de 1993, la administradora de riesgos profesionales del Instituto de Seguros Sociales de Cundinamarca reconoció la prestación de sobrevivientes en los siguientes términos a: GILMA ISABEL ROJAS DE SORA en un 32.595%, JUBER JAVIER SORA ALVARADO en un 8.149%, ANDREA SORA ALVARADO EN 8.149%, MARÍA SORA ALVARADO EN UN 8.149% y YURI SORA ALVARADO EN 8.148% (folio 7 del expediente físico). Para el 3 de julio de 2015 (fecha en que la demanda dio respuesta al acrecimiento deprecado) la prestación de sobreviviente estaba asignada a GILMA ISABEL ROJAS DE SORA (cónyuge demandante), YULI HERMECIA SORA ALVARADO y MARÍA SORA ALVARADO (hijas del causante - folio 19 del expediente administrativo – cd fl 62).

Del CD que milita a folio 92 en la carpeta titulada *12. Respuesta UGPP*, se corrobora que MARÍA S. SORA ALVARADO, reporta a partir de enero de 1999 hasta el mes de junio de 2001, el pago de la mesada pensional en un 16,66%, y desde julio de ese año a junio de 2004, ésta beneficiaria reporta el 25% del valor de la prestación. Para tales efectos, la UGPP adjuntó históricos de pagos emitidos por la ARL-POSITIVA. En cuanto a YULY HERMENCIA SORA ALVARADO, se reporta pago a partir de enero de 1999 a junio de 2001, en el porcentaje correspondiente al 16,66%, y desde julio de 2001 **a noviembre de 2008**, se pagó a dicha beneficiaria el 25% de la prestación. Finalmente, en cuanto a la demandante GILMA ISABEL ROJAS DE SORA, se registra pago de la mesada pensional en un 50%, entre enero de 1999 a junio de 2015. En este mismo documento la UGPP precisa lo siguiente:

"En la Nómina del mes de JULIO DE 2015, se recibe el fondo ARL-POSITIVA, y se reportó a favor de la beneficiaria GILMA ISABEL ROJAS DE SORA, AL 50%, hasta el mes de ENERO DE 2016. Se adjunta histórico de pagos emitidos por el Consorcio FOPEP.

En la Nómina del mes de FEBRERO DE 2016, en virtud de que la beneficiaria YULY HERMENCIA SORA ALVARADO cumplió los 25 años el 28 de noviembre de 2015, y por ello se aplicó a favor de la beneficiaria GILMA ISABEL ROJAS DE SORA, a partir de febrero de 2016 el ACRECIMIENTO al 100%, la mesada pensional junto con el periodo comprendido al 50% desde el 29 de noviembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2015 y desde 01 de enero de 2016 hasta el 31 de enero de 2016. Se adjunta liquidación detallada, junto cupón mes de febrero de 2016 e histórico de pagos emitidos por el Consorcio FOPEP.

A partir de febrero de 2016, se reporta a favor de la beneficiaria GILMA ISABEL ROJAS DE SORA, al 100%."

Queda así, acreditado el estatus pensional de la demandante, quien percibió hasta el día 28 de noviembre de 2015 el 50% de la pensión de sobrevivientes, pues a partir de esa fecha la UGPP empezó a cancelar el 100% de la prestación la que se incluyó en nómina en el mes de febrero de 2016.

Acrescimiento de la mesada

Precisado lo anterior, se tiene que la mesada ya fue acrecentada desde el 28 de noviembre de 2015, por lo que el análisis se concentra en verificar que la demandante tiene derecho de esa fecha hacia atrás hasta noviembre de 2008, tal como lo solicita en la demanda. Así las cosas y conforme lo expuesto por la SL CSJ el estudio del acrescimiento está gobernado por las normas vigentes a la fecha del fallecimiento del causante, tal como se ha precisado en diferentes sentencias entre ellas la SL2568-2021, en la que se reiteró que la normatividad que rige el asunto es la vigente al momento del deceso del afiliado o pensionado y no la que estaba en vigor a la fecha en que se extinguió el derecho de uno de los beneficiarios. En ese orden, como el deceso de SORA REYES acaeció el 02 de julio de 1992, el incremento se debe hacer conforme lo previsto en el Decreto 3170/64, que determinó los topes para la prestación en los casos de riesgos profesionales del ISS. Así, el artículo 35 de este decreto previó: "**Artículo 35. Cuando fallezca un beneficiario de pensión por**

*incapacidad permanente total absoluta o gran invalidez **habrá derecho a pensiones de sobrevivientes.***” Los artículos 28 y 29 de tal Decreto disponen las condiciones para el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes y el canon No. 30 establece el tope de la cuantía, el que en ningún caso *"no podrá exceder de la que habría correspondido al asegurado en caso de incapacidad permanente total"*.

En consecuencia, como María y Yuly Sora Alvarado (hijas) dejaron de causar el derecho al pago de la prestación en los años 2004 y 2008 respectivamente, se colige que la actora tiene derecho a que se incremente la prestación que percibe en un 100%. Se aclara que el valor de la cuantía de la prestación no es objeto de análisis en el asunto, como quiera que no fue objeto de debate tal suma, en tanto lo único que se persigue es que el 100% de la prestación pensional se reconozca a favor de la promotora del litigio, en todo caso la misma asciende a un salario mínimo conforme se advierte del archivo file:///E:/12%20RESPUESTA%20UGPP/2020111003033971_1600956475995_2020111003033971.pdf).

Excepción de prescripción

No obstante, y pese a que la demandante tiene derecho la pago del 100% de la mesada, en el sublite las llamadas a juicio propusieron la excepción de prescripción, la que se procede a analizar conforme el término trienal que prevé los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, y que se encuentra parcialmente probada, pues la actora solo hasta el 24 de febrero de 2015 solicitó a POSITIVA el pago de su mesada completa, por lo que en esta fecha se entiende que procedió a interrumpir por una sola vez la prescripción, y en ese orden, contaba hasta el 24 de febrero de 2018 para demandar, lo que no ocurrió, porque radicó la demanda hasta el 05 de abril de ese año (fl 18). Así las cosas, y como es bien sabido que el derecho a la pensión no prescribe, pero sí las mesadas, en el asunto La Sala **modifica** la fecha en que la juez declaró probada tal excepción, para declarar prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 04 de abril de 2015.

Responsabilidad de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS y de la UGPP respecto de la prestación demandada.

En virtud del artículo 4º del Decreto 600 de 2008 que ordenó la celebración de un convenio entre el Instituto de Seguros Sociales (hoy liquidado), la Previsora S.A. Compañía de Seguros de Vida y la Nación representada por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social (hoy escindido en los Ministerios de Salud y Protección Social y de Trabajo), con el fin de ceder el negocio de riesgos profesionales del primero a la segunda, por lo que la Superintendencia Financiera de Colombia mediante Resolución 1293 de 2008, aprobó la cesión de activos, pasivos y contratos del ISS relacionados a su actividad como Administradora de Riesgos Profesionales a favor de La Previsora Vida S.A., con base en ello, la compañía de seguros de vida el 13 de agosto de 2008, celebró con el Instituto el convenio de cesión de activos, pasivos y contratos sobre la operación que este ejercía en riesgos profesionales, Compañía aseguradora que mediante escritura 1260 de 30 de octubre de 2008 de la Notaria 74 del Círculo de Bogotá cambió el nombre de Previsora Vida S.A. por Positiva Compañía de Seguros S.A.; sociedad ésta que realiza actividades entre otras, relacionadas con la gestión de administración y pagos de obligaciones pensionales causadas durante la operación que ejerció el Instituto de Seguros Sociales en el ramo de riesgos profesionales hoy laborales y bajo tal entendido, no es posible mantener dudas respecto de las obligaciones a cargo de ésta demandada, pues claramente parte de sus compromisos es responder por las obligaciones emanadas del ISS como administradora de riesgos laborales.

De otra parte, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A en su recurso alega que en el proceso no fue vinculado el FOPEP el que debe acudir como garante del presupuesto general de la nación. Al respecto es de precisar que, si bien el artículo 80 de la Ley 1753 de 2015 establece que las pensiones que actualmente están a cargo de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. cuyos derechos fueron causadas originalmente en el Instituto de Seguros Sociales, serán administradas por la UGPP y pagadas por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, previo el traslado de la reserva actuarial correspondiente por parte de aquella. Norma ésta que fue reglamentada por el Decreto 1437 de 2015, el cual en sus artículos 1º y 3º señala:

"Artículo 1. Asignación de Competencias. A partir del 30 de junio de 2015, las pensiones que actualmente están a cargo de Positiva Compañía de Seguros S.A. cuyos derechos fueron causados originalmente en el Instituto de Seguros Sociales serán administradas por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y

Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y a partir del mes siguiente se efectuará el respectivo pago a través del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional -FOPEP."

(...)

*" **Artículo 3. Cálculo Actuarial.** Positiva Compañía de Seguros S.A. deberá elaborar y presentar para aprobación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público un cálculo actuarial de todas las obligaciones pensionales que se encuentran en la nómina de pensionados y que en virtud de la Ley 1753 de 2015 se trasladan a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social- UGPP.*

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP efectuará y llevará a término las acciones que conduzcan a la aprobación por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público de los cálculos actuaria les de los derechos pensiona les que no se encuentren incluidos en el cálculo actuarial inicialmente aprobado.

Sin dichos ajustes al cálculo actuarial el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP, no podrá realizar el pago de las respectivas mesadas pensionales. Para el efecto, el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional FOPEP, deberá cruzar cada seis (6) meses la nómina general de pensionados con el cálculo actuarial respectivo y aplicar los mecanismos de control establecidos para tales fines."

De lo anterior la Sala colige que: la responsabilidad de POSITIVA en efecto va hasta el 30 de junio de 2015, que a partir del día siguiente corresponde asumir a la UGPP la administración de la prestación (al haber sido causada durante la vigencia del ISS como administradora de riesgos laborales), sin que se advierta en este momento la necesidad de que el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional - FOPEP deba intervenir en el asunto, primero porque la de mandada POSITIVA nada advirtió durante la instancia como sí lo hizo con la UGPP al solicitar su integración como litis consorte necesario, de otra parte, porque su participación o no en el proceso no es causal alguna de nulidad o irregularidad además de que, de la norma transcrita se colige que el trámite que se debe hacer con el FONCEP resulta meramente administrativo, son actualizaciones de rigor legales y no incide ni en el reconocimiento ni pago del derecho de la demandante, no obstante de la repuesta que dio la UGPP (CD del folio 92) se advierte que en la entidad ya obra el histórico de pagos a cargo del consorcio FOPEP.

Retroactivo

Como quiera que la modificación de la excepción de prescripción afecta las condenas que el A quo inicialmente determinó, en el asunto el retroactivo a pagar a favor de la demandante queda integrado de la siguiente manera:

- a) POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A debe pagar el 50% restante de la pensión de sobrevivientes a la actora entre el 04 de abril de 2015 (en virtud de la prosperidad de la excepción de prescripción) y hasta el 30 de junio de ese año y si bien se dijo en precedencia que La Sala no iba a estudiar la cuantía de la pensión por no presentarse controversia y que en todo caso la misma correspondía a un salario mínimo legal mensual vigente, es claro que al momento de calcular el retroactivo por éste término deberá tener en cuenta esa cuantía.

- b) A cargo de la UGPP corresponde el pago del retroactivo comprendido entre el 01 de julio al 28 de noviembre de 2015 y que para los efectos del pago deberá tener en cuenta la misma observación del salario mínimo legal mensual vigente.

Intereses de mora

Como quiera que en el asunto no hay controversia respecto de la procedencia del acrecimiento del derecho pensional de la demandante, en virtud de la pérdida del derecho pensional del resto de los beneficiarios, La Sala encuentra procedente la condena de los intereses moratorios de la pensión de sobrevivientes, los que se causaron una vez vencido el plazo de dos meses después de presentada la reclamación para el reconocimiento de la prestación, la que en el caso se efectuó el 24 de febrero de 2015, conforme el Art. 1 de la Ley 717 de 2001, se impondrán los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas causadas y no pagadas en lo que respecta a cada una de las demandas. Estos intereses corren a partir del 25 de abril de 2015 y hasta que se verifique el pago de la obligación.

Costas

La UGPP en su apelación expone que su actuar es de buena fe y los trámites administrativos y judiciales se ajustan a derecho, por lo que en el asunto no hay lugar a imponer ninguna condena en especial por costas. Respecto de ellas, conforme lo dispuesto en el numeral 5¹ del art. 365 del CGP, si bien aquí prosperaron las pretensiones de la demandante y se impartió condena a la entidad por mesadas de casi 4 meses, lo cierto es que sí se evidencia que tan pronto la UGPP tuvo conocimiento de los reclamos de la demandante procedió a realizar los trámites para reconocer el derecho como correspondía y por esta razón se considera procedente **REVOCAR** esta condena.

En esta instancia no se condena en costas a ningún recurrente ante la prosperidad parcial de los recursos.

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,

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 10 de agosto de 2021, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A al pago de las diferencias pensionales causadas desde el 04 de abril al 30 de junio de 2015, conforme lo establecido en la parte motiva."

SEGUNDO. - MODIFICAR EL ORDINAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 10 de agosto de 2021, el cual queda de la siguiente manera:

¹ 5. 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.

"TERCERO: CONDENAR a LA UGPP al pago de las diferencias pensionales causadas entre el 01 de julio al 28 de noviembre de 2015, conforme lo establecido en la parte motiva."

TERCERO. - MODIFICAR EL ORDINAL CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá del 10 de agosto de 2021, el que queda así:

"CUARTO: declarar parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 04 de abril de 2015 conforme lo ya expuesto."

CUARTO. – En lo demás se confirma la sentencia apelada y consultada.

QUINTO. – Sin costas en la instancia.

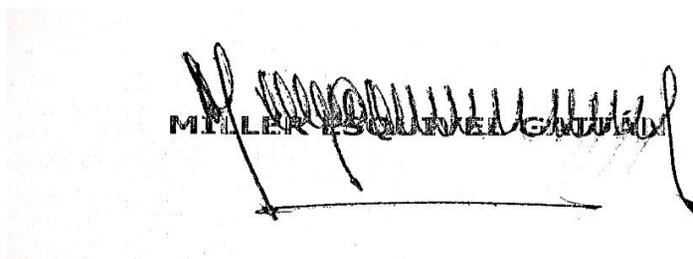
Notifíquese y Cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

(SALVA VOTO PARCIAL)

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 YENY RUSETH PIRACOCA GARZÓN
CONTRA JOHANNA KARINA GUTIÉRREZ ROA Rad. 2018 - 00627 01 Juz 30.**

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

YENY RUSETH PIRACOCA GARZÓN demandó a **JOHANNA KARINA GUTIÉRREZ ROA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a Fl. 11 del expediente físico.

Principales:

- Existencia de contrato de trabajo verbal a término indefinido.
- Reconocimiento y pago de prestaciones sociales y vacaciones.
- Indemnización moratoria Art. 65 C.S.T.
- Reconocimiento y pago de horas extras, dominicales y horas extras dominicales.
- Pago de aportes a seguridad social y parafiscales.
- Indemnización por no consignación de cesantías Art. 99 Ley 50/ 1990.
- Indemnización por despido sin justa causa Art. 64 C.S.T.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a folios 9 y 10 (demanda) – 17 y 18 (subsanción). El 23 de octubre de 2011 las partes pactaron contrato de trabajo de forma verbal, para que la actora se desempeñara el cargo de atención al usuario y administración del establecimiento de comercio AVÍCOLA JD. Desarrolló sus labores a cabalidad, de manera continua e ininterrumpida, atendiendo órdenes emanadas de la demandada, sin que existiera queja o llamado de atención durante la ejecución

del contrato, conforme lo constata la certificación laboral del 15 de septiembre de 2018. Su jornada de trabajo era todos los días de 9 AM a 8 PM sin hora establecida de almuerzo, ya que debía seguir pendiente del establecimiento mientras se alimentaba, su descanso era un domingo cada quince días. En el año 2011 su salario básico fue de \$700.000 y ascendió anualmente hasta la suma de \$1'400.000 para el 2018, nunca le fue reconocido el trabajo suplementario, ni fue afiliada al sistema de seguridad social. En los años 2011, 2012, 2013 y 2018 tampoco se le pagaron las vacaciones, y en los años 2014, 2015, 2016 y 2017 solo pudo disfrutar de siete días de descanso. El 13 de septiembre de 2018 la demandada le propuso firmar un contrato de prestación de servicios, donde se fijaban honorarios por una suma inferior a la que percibía y ante la negativa de firmar dicho acuerdo, la accionada decidió finalizar la relación laboral, no obstante, en certificación ya reseñada, el argumento esgrimido para su despido fue el de recorte de personal. Hasta el momento de la presentación de la demanda no se le han cancelado las prestaciones sociales, la indemnización por despido injustificado, ni los demás derechos adquiridos. Solicitó en diversas oportunidades la expedición de certificaciones laborales, las que se emitieron con inconsistencias respecto a los datos personales, horario de trabajo y fecha de culminación de labores.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta ciudad el 22 de noviembre de 2018 (Fl. 20), una vez notificada la demandada **JOHANNA KARINA GUTIÉRREZ ROA** contestó la demanda en los términos del escrito visible a folios 27 a 35 del expediente físico.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó lo atinente al nombre del establecimiento de comercio y la matrícula mercantil, la no existencia de quejas o llamados de atención y las certificaciones laborales expedidas, así como la diferencia en los datos allí consignados.
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que decidió:

"PRIMERO: Declárese que, entre JOHANNA KARINA GUTIÉRREZ ROA, en calidad de propietaria del establecimiento de comercio AVÍCOLA JD como

empleadora y la señora YENY RUSETH PIRACOCA, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.015.994.973 como trabajadora, existió un contrato de trabajo, desde el 23 de octubre de 2011 hasta el 12 de septiembre de 2018, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de ésta providencia.

SEGUNDO: *Declárense probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN propuesta por la parte pasiva, de los derechos causados y no cobrados con anterioridad al **12 DE SEPTIEMBRE DE 2015** relacionados con la prima legal de servicios y la indemnización del Art. 99 de la Ley 50 de 1990 y la compensación de las vacaciones no reclamadas con anterioridad al 23 DE OCTUBRE DE 2014, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído y no probadas los demás.*

TERCERO: *Condénese a la demandada JOHANNA KARINA GUTIÉRREZ ROA, a pagarle a la señora YENY RUSETH PIRACOCA las siguientes cantidades de dinero y conceptos:*

- a. \$4'923.403 por concepto de CESANTÍAS*
- b. \$545.793 por concepto de INTERESES DE CESANTÍAS*
- c. \$1'016.854 por concepto de PRIMA DE SERVICIOS*
- d. \$2'741.667 por concepto de VACACIONES*
- e. \$52'966.667 por Indemnización Art. 99 Ley 50 de 1990.*
- f. \$46'666.66 diarios y hasta por 24 meses, consistente en un día de salario diario vigente para el año 2018, a partir del 13 de septiembre de 2018 día siguiente a la terminación del vínculo laboral y hasta cuando se paguen las condenas impuestas, a partir del mes 25 debe pagar los intereses moratorios a la tasa más alta para los créditos de libre asignación certificado por la superintendencia financiera liquidados sobre cesantías y prima de servicios, por concepto de indemnización del Art. 65 del CST.*
- g. A pagar el cálculo actuarial de los aportes pensionales causados durante el 23 de octubre de 2011 hasta el 12 de septiembre de 2018, pago que deberá efectuarse a la administradora de pensiones en donde se encuentre afiliada la demandante, la cual deberá acreditarse ante este despacho o ante la demandada, teniendo en cuenta para el efecto como salario el mínimo legal mensual vigente para cada anualidad y para el periodo correspondiente al año 2018 la suma de \$1'400.000.*

Lo anterior de conformidad con lo expuesto en la motiva.

CUARTO: *Absuélvase a la demandada de las demás pretensiones de la demanda.*

QUINTO: *Condénese en COSTAS a la demandada. Líquidense por secretaría e inclúyase como agencias en derecho la suma de \$6'000.000 M/CTE."*

Llegó a esta determinación al encontrar probada la existencia de la relación laboral entre las partes, además de que conforme la jurisprudencia de la SL CSJ, la información consignada en las certificaciones laborales se presume cierta, salvo que el empleador logre demostrar notablemente que lo allí consignado no corresponde a la realidad y, en éste caso, la demandada solo indicó que las certificaciones habían sido expedidas para hacerle un favor a la actora, pero no demostró con ningún medio probatorio dicha afirmación ni pudo extraer confesión de la demandante en el interrogatorio frente a ese asunto. De otro lado, del testimonio de Jenny

Hernández concluyó que PIRACOCA GARZÓN prestaba personalmente sus servicios, ya que la testigo indicó que cuando iba a comprar a la avícola la actora era quien siempre estaba allí y la atendía, por lo que, al valorarse junto a las certificaciones y en razón a los pronunciamientos jurisprudenciales se demuestra la existencia del vínculo laboral, dada la prestación personal del servicio. Los extremos laborales fueron establecidos conforme las fechas estipuladas en las certificaciones, así como el último salario devengado, por lo que no sufrirán modificación.

En relación al trabajo suplementario, indicó que no se demostró ni se especificaron los rubros en los cuales la actora prestó sus servicios causando horas extras, dominicales y festivos, por ende y al no cumplir con la carga de la prueba establecida por la CSJ absolvió a la demandada por esos aspectos. Consideró que procede la condena a la sanción por no consignación de cesantías, ya que no se demostró que se haya cumplido con el pago puntual de las cesantías al fondo correspondiente.

Sobre la indemnización moratoria indicó que la demandada actuó de mala fe, ya que alegó en el curso del proceso la inexistencia de la relación laboral para sustraerse de sus obligaciones, pero, al no haber sido demostrada esa afirmación, procede la indemnización reclamada. En relación a la indemnización por despido sin justa causa, aseveró que la actora no demostró que haya sido despedida, por lo que no procedía la condena. Sobre los aportes a seguridad social en salud indicó que se debía demostrar que con la falta de afiliación se hubieran generado un perjuicio, y por ende, se debía reclamar una indemnización tendiente a compensarlos, como esa situación no se demostró, no se accedió a lo solicitado, suerte diferente la de los aportes a pensiones, por lo que ordenó el pago del cálculo actuarial equivalente a toda la vigencia de la relación laboral. Respecto de las excepciones propuestas por la demandada adujo que la prescripción opera de forma parcial en cuanto las vacaciones, primas de servicios y la indemnización por no consignación de cesantías, de las demás prestaciones y condenas no opera el fenómeno prescriptivo, se abstuvo de estudiar las demás excepciones conforme a los resultados del proceso y conforme al Art. 365 del C.G.P. condenó en costas a la demandada.

Recurso de apelación

La demandada: Solicitó la revocatoria de la decisión en razón a que el extremo inicial de la relación es previo al nacimiento de la vida jurídica del establecimiento de comercio, situación que se puede comprobar en el certificado de existencia y representación legal que obra en el plenario y no fue tachado ni desconocido, por lo que es imposible que la actora prestara sus servicios en un establecimiento que no existía en esa fecha. De otra parte sostuvo que se falló la Litis con muy poca

estimación probatoria que permitiera demostrar realmente la existencia del contrato de trabajo.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del proceso 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 como se objeta la valoración probatoria para declarar el contrato de trabajo y su extremo inicial, la Sala se limitara a estos dos puntos en el desarrollo del recurso.

Existencia de la Relación Laboral.

Al respecto se deben tener en cuenta las siguientes normas: El Código Sustantivo de Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*". El artículo 23 agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, b) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual se debe mantener por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio. Así mismo se debe hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 24 ibídem el cual determina que "*Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo*". Así se consagra una ventaja probatoria a favor del trabajador, en virtud de la cual una vez se acredite la prestación del servicio, se presumen los demás presupuestos requeridos para que se configure la relación laboral, lo cual determina que la carga de la prueba se traslada al empleador a quien le corresponde desvirtuar la presunción, demostrando que la relación estuvo

desprovista del elemento de subordinación o dependencia, es decir, debe probar la autonomía del servicio prestado.

Valoración probatoria.

La parte demandante allegó certificado de existencia y representación legal del establecimiento de comercio denominado Avícola JD, donde se denota que quien registra como propietaria es la demandada (Fl. 4), también se aportó certificaciones laborales expedidas por Johanna Karina Gutiérrez Roa, de fecha 27 de septiembre de 2018 (Fl. 5) y el 15 de septiembre de la misma anualidad (Fl. 6) y la liquidación de prestaciones sociales arrimada al proceso a folios 7 y 8.

La demandante en su interrogatorio de parte, indicó que cumplía un horario de trabajo en la Avícola demandada, su remuneración fue mensual inicialmente se pagó la suma de \$700.000 y el último salario ascendió a \$1'400.000, adujo que el contrato fue verbal, recibía órdenes de Johanna Karina Gutiérrez, reiteró que cumplía horario, las certificaciones no fueron expedidas por un favor que ella solicitó sino por el derecho que tiene como trabajadora de pedir las, que el salario desde 2014 fue \$1'400.000 sin aumento, no trabajó para la cooperativa Corfikairos S.A.S., ella se afilió para la Cooperativa para realizar cotizaciones a salud en el último año que laboró para la demandada Johanna, no hizo ningún reclamo por la no afiliación a salud por ingenua, refirió que fue contratada por José Chocontá (esposo de la demandada) y Johanna Karina, que ellos le dijeron cuáles eran las labores que debía hacer y el pago que iba a recibir. Al ser interrogada por el A quo afirmó que le pagaban en efectivo sin firmar ningún documento, sus actividades consistieron en arreglar la nevera, despresar las pechugas, alistar pedidos para doce restaurantes, manejar la caja, hacer los inventarios y atender el público. Ella debía ir todos los días al establecimiento, en el año 2018 ellos (la demandada y el esposo) decidieron legalizar su negocio y le presentaron un contrato de prestación de servicios, el cual no llenó sus expectativas, por lo que les pidió lo revisaran, situación que no ocurrió y luego le pidieron firmar un paz y salvo por \$3.000.000 al que se negó, sin embargo, el esposo de la demandada le dijo que firmara o no firmara, ya no había más trabajo. Las llaves del establecimiento las tenía ella (la demandante), descansaba un domingo cada quince días pero tenía que dejar listos los pedidos de los restaurantes, la nevera organizada y el local arreglado, igual trámite si requería de algún permiso, nadie la reemplazaba en sus labores porque la demandada tampoco sabía la función de organizar los pedidos, la cooperativa la conoció por medio de un conocido que le dijo que allí podía pagar para el servicio de la EPS, pagaba \$120.000 para tener EPS, ARL y cotizar a pensión. Le fueron entregadas dos certificaciones laborales que necesitaba presentar para otro trabajo al que aspiraba, en una de ellas se encuentra

mal el lugar de expedición de la cédula, por lo que le expidieron una nueva. Reiteró que las cotizaciones realizadas por medio de la cooperativa fueron solamente en el año 2018 y que en el 2011 tenía Sisbén.

La demandada en su interrogatorio dijo que la actora hacía turnos en la avícola por medio de la cooperativa, a quien se le requería para que enviara personal por lo que la demandante asistía 3 o 4 días a la semana, aclaró que en el 2011 no estaba constituida la empresa por lo que, para ese momento, la demandante no podía haber trabajado allí, pues la avícola se constituyó en septiembre de 2012. La demandante asistió al establecimiento hasta el 2018, sus pagos los hacía la Cooperativa. Las certificaciones se expidieron para hacerle un favor a la actora ya que estaba buscando otro empleo, también le ha expedido certificaciones al esposo de PIRACOCA GARZÓN para colaborarle en temas de préstamos y siempre lo ha hecho de buena fe. El pago del turno era de \$60.000 y lo hacía la Cooperativa. Ellos (demandante y esposo) presentaban cuentas de cobro por dicho valor, supo de la Cooperativa por una tercera persona. Nunca le propuso a la actora un contrato de trabajo verbal ni mucho menos contrato de prestación de servicios. En el establecimiento se encontraban el esposo, ella y la actora cuando cumplía los turnos. No se cumplía horario fijo pues este dependía de lo que le rindiera con sus labores y para el año 2011 trabajaba con el esposo en una camioneta pequeña.

La testigo **Jenny Hernández Flórez**, (cliente frecuente del establecimiento de comercio Avícola JD), dijo que conoce a la demandante hace diez años y la demandada la ha visto desde el 2011. Con la actora tuvo una relación comercial por cuanto iba a comprar víveres y Piracoca Garzón era quien la atendía en la avícola, que la dueña del local es la demandada, pero ella nunca la atendió; compraba artículos a diario, principalmente pechugas de pollo. Indicó que la demandante estuvo desde finales de 2011 hasta finales de 2018 en el establecimiento, que posterior a esos días el local fue cerrado, escuchó a la demandada impartirle órdenes a la actora principalmente en horas de la mañana, no conoce el salario de Piracoca Garzón ni si le quedaron debiendo algún valor. No sabe la razón por la que la demandante abandonó el negocio, refiere que llegaba a las 8 AM y se iba aproximadamente a las 8 PM y que siempre permanecía en el negocio. No sabe de la existencia de la cooperativa Corfikairos ni tampoco si a la actora la afiliaron al Sistema de seguridad social.

De la relación laboral y su extremo inicial

Argumenta el recurrente que el inicio de la relación laboral no es el 23 de octubre de 2011, por cuanto para ese momento el establecimiento de comercio "Avícola JD"

no existía, lo que hace imposible que la actora fuera empleada de un establecimiento irreal. El juez para establecer la existencia de la relación de trabajo y sus extremos se apoyó en las certificaciones que expidió la demandada y les otorgó el valor probatorio que la SL CSJ les ha impartido en sus diferentes pronunciamientos como en la sentencia con Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, donde se dijo:

*"Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los **hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos** «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)."*

Criterio que acoge La Sala para confirmar la decisión del A quo, tanto para declarar la existencia de la relación laboral como sus extremos, en especial el inicial, pues en el asunto al verificar las certificaciones expedidas por la demandada en conjunto con los demás medios probatorios arrimados al expediente, se colige que la convocada a juicio no se ocupó de desvirtuar su contenido a efectos de determinar que el vínculo que existió entre las partes difiere del propio de una relación de trabajo, y con lo dicho por la testigo Jenny Hernández Flórez, además de acreditarse la prestación personal del servicio, lo que permite dar aplicación a la presunción establecida en el art. 24 del CST, ello también respalda lo certificado por JOHANNA KARINA GUTIÉRREZ ROA.

Por ende concluye La Sala que GUTIÉRREZ ROA no cumplió con su deber de demostrar que las afirmaciones hechas por PIRACOCA GARZÓN no eran ciertas, sin que sea válido el argumento de que el juez falló con pocas pruebas, pues la responsabilidad de aportarlas al expediente corresponde a las partes y en el asunto no se advierte ningún medio probatorio tendiente a cumplir con las cargas que impone el art. 167 del CGP, más allá de solicitar el interrogatorio de parte a la demandante, en el cual, tampoco se obtuvo confesión alguna, por lo que no puede ahora con la apelación alegar que el proceso fue fallado con pocos elementos probatorios, pues del desarrollo del proceso lo que se evidencia es que las partes contaron con las oportunidades y garantías procesales para solicitar, decretar y practicar las pruebas que consideraron necesarias para defenderse.

Ahora, el argumento de que el establecimiento de comercio solo fue registrado hasta septiembre de 2012, no impide que se declare la existencia de un contrato de trabajo con una fecha anterior, pues una cosa es la matricula del establecimiento de comercio para el cumplimiento de las exigencias legales (art. 30 a 32 del Código de

Comercio) y otra la acreditación de los elementos del contrato de trabajo descritos en el artículo 23 del CST, los que en efectos se acreditaron.

Así las cosas y bajo estos argumentos La Sala **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjese 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

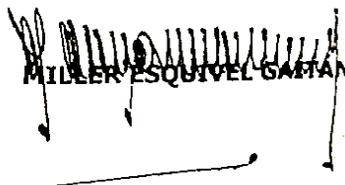
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el día 23 de julio de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandada. Fíjese la suma de un millón de pesos (\$1'000.000) como agencias en derecho.

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 AMPARO LUCÍA DEL SOCORRO ARBOLEDA DE ÁNGEL CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 00692 01 JUZ 02.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo 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

AMPARO LUCÍA DEL SOCORRO ARBOLEDA DE ÁNGEL demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenida a folio 3 del archivo 01 del expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 27 de diciembre de 1956, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 23 de febrero de 1995 hasta el 12 de febrero de 2001, por lo que acumulo 314 semanas cotizadas, las cuales no se ven reflejadas en la historia laboral emitida por COLPENSIONES. En el mes de febrero de 2001 suscribió formulario de afiliación con la AFP HORIZONTE, quien actualmente es PORVENIR, fondo que no cumplió con el deber de asesoría que le asistía, ya que se limitó a brindar información parcial y

conveniente a sus intereses para obtener la afiliación de ARBOLEDA DE ÁNGEL, como el hecho de que el ISS se iba a acabar y perdería sus aportes y que en el fondo privado podía pensionarse a menor edad. Argumenta que le fue realizada una proyección pensional en ambos regímenes y la mesada pensional es considerablemente menor en el RAIS, por lo que solicitó ante COLPENSIONES retorno al RPM, petición negada por el fondo público.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de esta ciudad (Fls. 34 y 35) 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 37 a 47 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, la reclamación presentada por ARBOLEDA DE ÁNGEL y su consecuente respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 86 a 105 del archivo 01 del expediente digital.

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

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Segundo Laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado el 12 de febrero de 2001, por lo que declaró válidamente vinculada al RPM a la actora, condenó a PORVENIR a la devolución de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de

ARBOLEDA DE ÁNGEL dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, con la inclusión de las sumas constituyentes de gastos de administración y ordenó a COLPENSIONES a que reciba las mencionadas sumas, reactive la afiliación de la demandante y actualice su historia laboral. Llegó a esa determinación al considerar que la AFP no cumplió con el deber de información que le asistía al momento del traslado de régimen, por lo que no allegó ninguna evidencia que acreditara el cumplimiento de dicho deber, y solo el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar que se haya brindado la información suficiente a la actora. Respecto de la excepción de prescripción la A quo consideró que conforme a la jurisprudencia de la SL CSJ la solicitud de declaración de nulidad o ineficacia de traslado de régimen no se ve afectada por el término trienal que dispone la Ley, por lo que la declaró no probada.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: No existe prueba que acredite que a la demandante se le haya hecho incurrir en error o que exista un vicio del consentimiento, así como tampoco que la AFP no haya cumplido con el deber de información, por ende, el traslado es válido, más aun, porque la actora no hizo uso del derecho de retracto que le asistía los 5 días siguientes a la suscripción del formulario de afiliación. Indicó que con la decisión de la A quo se afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, al tener que asumir cargas económicas de personas que nunca cotizaron al sistema y no se puede garantizar los beneficios prestacionales de los demás afiliados a lo largo del tiempo, argumento soportado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

PORVENIR: Expuso que el cambio de régimen 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 caso a la luz de normas y pronunciamientos jurisprudenciales posteriores ni solicitar que se allegaran pruebas adicionales al formulario suscrito, porque dicha carga no se encontraba establecida al momento del traslado. De igual modo, sostuvo que la demandante si debía probar su argumento de que se haya incumplido con el deber de información. Indicó que la permanencia por casi 20 años en el fondo privado es un acto propio de ratificación y de conocimiento de las características propias del RAIS, además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003. Pidió que no se ordene la devolución de los gastos de administración, en razón a que la Superintendencia Financiera ha sido clara en que los valores a devolver cuando se declara una ineficacia de régimen son las cotizaciones y rendimientos financieros, además, porque los gastos de administración no financian la prestación de vejez, por lo que no hay lugar a la

devolución de los mismos. Hizo referencia a que las costas tasadas en primera instancia (2 SMLMV) son excesivas, dada la naturaleza del proceso y la duración del mismo.

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: Expuso que el traslado de régimen con la antigua AFP HORIZONTE es válido, no estuvo precedido de ningún vicio del consentimiento y la actora era plenamente capaz al momento de suscribir el formulario de afiliación. Sostuvo que si existiere alguna nulidad relativa al momento de la suscripción del formulario, la permanencia en el tiempo en el RAIS por parte de ARBOLEDA DE ÁNGEL saneó cualquier nulidad. Indicó que conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de forma automática, por ende, debe valorarse las pruebas allegadas, las cuales, en el caso particular, acreditan que el traslado tuvo plena validez, razones por las que solicita la revocatoria de la decisión.

COLPENSIONES: Indicó que hubo confesión de la demandante de que había recibido información suficiente al momento de suscribir el formulario, además que no es posible manifestar si hay ventajas o desventajas de los regímenes pensionales, ya que al exponer dicha situación daría a entender que el legislador se equivocó al promulgar las reglas de funcionamiento de cada régimen, expuso que se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, así como no acreditó la existencia de vicios del consentimiento al momento del traslado y si se llega a confirmar la sentencia se generaría una descapitalización 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*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, la orden de devolver las sumas

descontadas por concepto de gastos de administración por parte del fondo privado y la condena en costas contra la AFP.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 10 y 11 del archivo 01 del expediente digital, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES y la respuesta, 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 actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. (Fls. 12 Y 107 archivo 01 expediente digital), fondo al cual se trasladó desde el 12 de febrero de 2001, 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 HORIZONTE hoy 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 12 de febrero de 2001 (Fls. 12 Y 107 archivo 01 expediente digital), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy 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

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;

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. 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 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

b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

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

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

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

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

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

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

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

³ "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"

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.

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, pero no indicó si realmente le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aún cuando le faltaban 12 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 en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial y general no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

Es de advertir que la nulidad 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

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"

régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante es o no beneficiaria del régimen de transición o cuenta con una expectativa legítima, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*. De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que a ARBOLEDA DE ÁNGEL 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 confirmar la sentencia apelada.

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 la AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración 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 legítima 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 de la actora 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."

Condena en costas contra la AFP

Respecto de la inconformidad de PORVENIR por la condena en costas impuesta en primera instancia, la cual considera excesiva, es menester indicar que conforme al Art. 365 del C.G.P.⁵ quien resulta vencido en el trámite del proceso, es quien debe asumir las costas; además, la cuantía de dichas costas aún no se ha determinado por lo que no se puede afirmar que es excesiva, diferente es la condena al pago de agencias en derecho que estableció la A-quo, suma que deberá ser analizar en otra oportunidad procesal conforme lo prevé el art. 366 de la misma obra. Además se reitera, fue PORVENIR quien incurrió en la falta al deber de información que motivó a la actora a trasladarse de régimen y que, en consecuencia, la llevó a iniciar el presente proceso a fin de que por vía judicial se decretara la ineficacia del traslado, instancia en la que además también se opuso.

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

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 cargo de cada una de las recurrentes.

⁵ **Artículo 365. Condena en costas**

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

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 cinco (05) de agosto del dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Segundo Laboral del circuito de Bogotá D.C., 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 **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de cada una de las recurrentes.

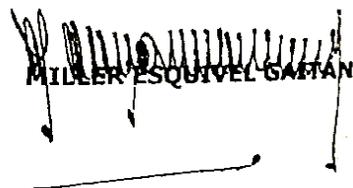
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ 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 CLAUDIA PATRICIA ARENAS RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Rad. 2019 – 00118 - 01 Juz. 14 (Fallado por el Juz 40).

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo 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

CLAUDIA PATRICIA ARENAS RODRÍGUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 29 y 30 del archivo 01 del expediente digital.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 30 y 31 del archivo 01 del expediente digital. Nació el 15 de septiembre de 1965, cotizó en el ISS 311 semanas hasta el 16 de junio de 1994, fecha en la que suscribió formulario de afiliación No. 014388 con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, quien no le informó de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, así como tampoco le efectuó una proyección

pensional, ni le indicó respecto de la posibilidad de retornar al RPM. Luego, se trasladó a la AFP COLFONDOS el 19 de mayo del 2000 mediante formulario No. 7450851, quien al momento de entrar en vigencia la Ley 797/2003 no le indicó la posibilidad de retornar al RPM dentro del año siguiente a la expedición de dicho cuerpo normativo sin necesidad de acreditar quince años de servicios. En total, ha cotizado 1.118 semanas, presentó solicitudes a las AFP para que remitieran copia de los documentos que reposaban en sus entidades, quienes respondieron remitiendo solo los formularios de vinculación suscritos por ARENAS RODRÍGUEZ. Radicó el 17 de diciembre de 2018 reclamación administrativa ante COLPENSIONES, donde pidió que el fondo público aceptara el traslado de los aportes desde el RAIS, solicitud rechazada mediante comunicación de la misma calenda.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 47 archivo 01 Exp. Digital) 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 01 a 21 del archivo “Contestación demanda” que se encuentra en la carpeta 02 del expediente digitalizado.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, las cotizaciones realizadas al ISS, el traslado efectuado a la AFP, la reclamación presentada y la respuesta emitida.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso 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 adiciono 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 visto a folios 172 a 181 del archivo PDF 01 del expediente digitalizado.

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

COLFONDOS S.A. en los términos del escrito visto a folios 68 a 80 del archivo PDF 01 del expediente digitalizado.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora, el traslado horizontal realizado hacia Colfondos y la petición de documentos presentada por ARENAS RODRÍGUEZ.
- Propuso como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al régimen solidario de prima media con prestación definida, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos, petición antes de tiempo, ausencia de vicios del consentimiento y genérica.

En virtud de las medidas de descongestión y redistribución de expedientes emitidas por el Consejo Superior de la Judicatura, mediante auto del dieciocho (18) de mayo de dos mil veintiuno (2021) el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del proceso, tuvo por contestada la demanda por las demandadas y fijó fecha de audiencia virtual (Archivo 04 Exp Digital.)

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., por lo que ordenó a COLFONDOS (actual administradora de la demandante) a

trasladar a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual y a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante (Anulación de registro en el SIAFP), así como entregar una relación a COLPENSIONES de la historia laboral de la actora. De otra parte, ordenó a COLFONDOS y PORVENIR a que restituyan de manera indexada los valores descontados por concepto de gastos de administración, comisiones y primas de seguros y ordenó a COLPENSIONES que debe aceptar a la actora en el RPM, reactive su afiliación sin solución de continuidad y actualice su historia laboral conforme los valores que sean trasladados del RAIS.

Llegó a esa determinación al considerar que LA AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. no cumplió con el deber de información que le asistía al momento del traslado, además, que del interrogatorio de parte absuelto por la actora, no se obtuvo ninguna confesión, así como tampoco narró hechos adversos a su tesis, sin que en ningún momento la forma de responder de la actora (sí o no) sea incorrecta, viciada o busque ocultar información o faltar a la verdad, ya que las preguntas formuladas por los apoderados de las demandadas fueron de carácter asertivo. Respecto del traslado horizontal a COLFONDOS indicó que si bien la actora realizó el mismo por hacerle un favor a su hermana que era asesora de dicho fondo y allí tampoco le fue brindada ninguna información respecto al RAIS, lo cierto es que la declaratoria de ineficacia se genera por el traslado de régimen del RPM al RAIS, lo cual afecta los traslados horizontales que se realicen con posterioridad. Al resolver las excepciones propuestas sostuvo que no existe buena fe por parte de PORVENIR al no haber cumplido con el deber de información al momento del traslado, así mismo, que conforme lo ha sostenido la SL CSJ la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones no se ve afectada, en tanto se ordena a la AFP retornar todos los valores de la cuenta de ahorro de la afiliada, para así garantizar posibles derechos prestacionales en el RPM. Sobre la prescripción indicó que en el proceso se encuentran inmersos derechos de carácter pensional, los cuales son imprescriptibles e irrenunciables.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: En razón al principio de la relatividad jurídica, considera que es un tercero que nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora de vincularse al RAIS, por lo que al ordenarse que sea afiliada al RPM el único afectado es el fondo

público, además, con esta decisión se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones. De otro lado, indicó que ARENAS RODRÍGUEZ se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, por lo que, no procede la declaratoria de la ineficacia. Subsidiariamente si la decisión es confirmatoria, pidió se condene a la AFP que incumplió con el deber de información pague los perjuicios generados en virtud de la teoría del daño.

PORVENIR: Expuso que el traslado fue válido, que para el momento que se efectuó ninguna AFP estaba obligada a suscribir algún otro documento diferente al formulario de afiliación y con su permanencia en el RAIS, así como con el traslado horizontal ha ratificado su voluntad de afiliación al régimen privado. Indicó que no todas las preguntas realizadas en el interrogatorio a la demandante fueron de carácter asertivo, por lo que, al solo responder sí o no, ocultó información relevante para definir la situación jurídica que se discute. Mostró su inconformidad en lo atinente a la orden de devolución de los gastos de administración, por cuanto son originados de una disposición legal y están sujetos a la prescripción, por no ser valores que financien la posible pensión de vejez que pueda obtener la actora.

COLFONDOS: Solicitó la revocatoria parcial de la decisión al no estar de acuerdo con la orden de restituir valores descontados por gastos de administración, bajo el criterio de que los mismos están originados en una disposición legal, no son valores que financian una prestación de vejez, además de que son valores que le corresponden al fondo conforme al principio de las restituciones mutuas y son fruto de la buena gestión de la AFP al administrar los recursos de la afiliada. Sobre los valores descontados por seguros previsionales, ya fueron girados a las aseguradoras correspondientes, por lo que no hacen parte del patrimonio de la AFP y al ordenarse la devolución de los mismos de manera indexada se genera una condena excesiva.

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

Parte demandante: Solicitó en síntesis se confirme la decisión por cuanto la AFP no demostró el cumplimiento al deber de información al momento del traslado de régimen, además, indicó que con la decisión no se afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, por lo que debe tenerse como afiliada al ISS hoy COLPENSIONES sin solución de continuidad.

Parte demandada.

PORVENIR: Expuso que el traslado de régimen con la antigua AFP HORIZONTE es válido, no estuvo precedido de ningún vicio del consentimiento y la actora era plenamente capaz al momento de suscribir el formulario de afiliación. Sostuvo que si existiere alguna nulidad relativa al momento de la suscripción del formulario, la permanencia en el tiempo en el RAIS por parte de ARENAS RODRÍGUEZ saneó cualquier nulidad. Indicó que conforme a los pronunciamientos jurisprudenciales no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado de forma automática, por ende, debe valorarse las pruebas allegadas, las cuales, en el caso particular, acreditan que el traslado tuvo plena validez, razones por las que solicita la revocatoria de la decisión.

COLPENSIONES: Solicitó se revoque la sentencia de primera instancia por cuanto el traslado fue válido, la AFP cumplió con la carga que le asistía para ese momento y no puede decirse que faltó a deberes que en su momento aún no existían. Argumentó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003, lo que hace imposible su regreso al RPM y concluyó que al declarar la ineficacia del traslado y ordenar la afiliación de la demandante en el RPM se afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

COLFONDOS: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

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 sus consecuencias.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 9 del archivo 1 del Exp. Digital, contentiva de la reclamación de fecha 17 de diciembre de 2018, en la que solicitó la activación de su afiliación al RPM, y la consecuente respuesta negativa de la administradora, contentiva en los folios 10 a 12 del archivo 1 del Exp. 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

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. (Fl. 7 archivo PDF 1 del expediente digitalizado), fondo al cual se trasladó el 19 de mayo del 200 desde la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., a la cual se vinculó el 16 de junio de 1994 (Fl. 8), 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 tomo tal decisión la AFP HORIZONTE hoy 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 junio de 1994 (fl. 8), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel

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.

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

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

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"*

pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso HORIZONTE hoy 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, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró HORIZONTE hoy 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, pero la entidad no demostró ni aclaró 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 actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 25 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 en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM, pues recuérdese que el análisis

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"

del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial y general no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Es de advertir que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión o por las limitaciones legales que tenga el actor (prohibición del traslado prevista en la Ley 797/03), sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado y no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019).

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que a ARENAS RODRÍGUEZ 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 confirmar la sentencia apelada.

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 COLFONDOS S.A. y 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 ambas AFP deberán transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración 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 de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa, no atenta contra el principio de la sostenibilidad financiera del sistema siempre y cuando los dineros que se ordenan devolver se utilicen para financiar la prestación del afiliado que se está ordenando aceptar en el RPM, ni tampoco se considera una condena excesiva como lo pretende hacer ver el Fondo. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Así las cosas lo relativo a los gastos de administración, comisiones y seguros provisionales que le fueron descontados al accionante, durante la permanencia en el RAIS debe ser enviado al RPM y asumido por la administradora con sus propios recursos (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 4964-2018, CSJ SL 4989-2018, CSJ SL 1421-2019, CSJ 1688-2019 y SL 3464-2019), toda vez que desde el nacimiento del acto de traslado estos también son ineficaces y deben ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES.

Ahora, la recurrente Colfondos indica que los dineros ordenados no se pueden ordenar indexados y que esa orden es excesiva. Sobre este punto la SL CSJ en sentencia 4988 de 2021 Rad. 84611, precisó lo siguiente:

"(...) esta involucra la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos, en el sentido que debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho la demandante en el régimen de prima media con prestación definida;

*ii) que ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y primas para los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencias, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, **debidamente indexados y con cargo a los recursos propios, por el tiempo en que estuvo en cada administradora.***

Para efectos de la actualización monetaria se tendrá en cuenta la siguiente fórmula:

$$VA = Vh * IPC \text{ Final}$$

IPC inicial

De donde:

VA = corresponde al valor de la suma a actualizar.

VH = Valor histórico a indexar

IPC Final = IPC del mes anterior en que se efectúen los pagos a Colpensiones

IPC Inicial = IPC del mes en que se realizaron las apropiaciones.

También se ordenará, que al momento de cumplirse lo anterior, esos conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (sentencia de casación CSJ SL 2209-2021, CSJ SL 2297-2021 y CSJ SL3719-2021). (...)"

Prescripción

Sobre la excepción de prescripción, ha de advertirse que la suerte de lo accesorio sigue la de lo principal y en ese orden la solicitud de nulidad o ineficacia de la afiliación como persigue en esencia un derecho pensional el cual es imprescriptible, las consecuencias derivadas de la decisión también lo son, pues todas tiene incidencia directa en los derechos fundamentales del afiliado.

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

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la

suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)** a cargo de cada una de las apelantes.

DECISIÓN

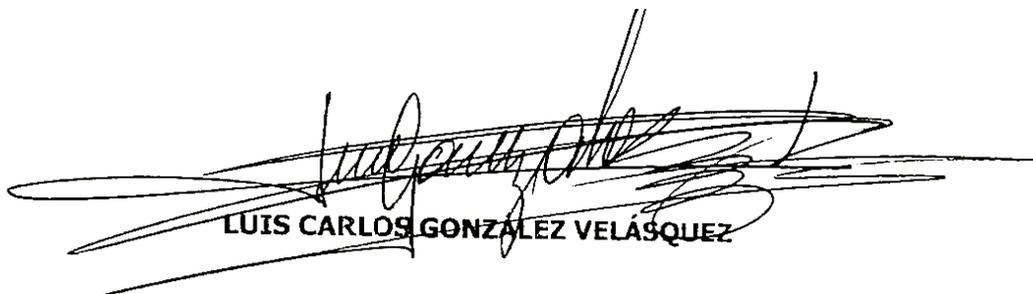
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

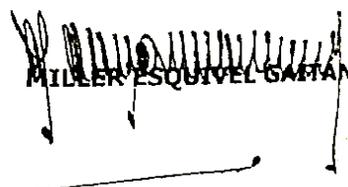
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)** a cargo de cada una de las apelantes.

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 GLORIA STELLA HOLGUÍN RODRÍGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y UGPP Rad. 2019 – 00780 - 01 Juz. 23.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo 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

GLORIA STELLA HOLGUÍN RODRÍGUEZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 9 y 10.

- Beneficiaria del régimen de transición Art. 36 Ley 100/93.
- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, subsidiariamente la nulidad.
- Traslado de aportes.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 9. Nació el 9 de agosto de 1959, laboró como docente en el municipio de San José del Pare, desde el 20 de febrero hasta el 31 de diciembre de 1978. Trabajó en el DAS desde el 4 de diciembre de 1979 hasta el 30 de diciembre de 2011, en dichos periodos de tiempo laborados sus cotizaciones a pensión fueron efectuadas a CAJANAL hasta el 31 de marzo de 2000, momento en el que se trasladó a PORVENIR, traslado precedido por una falta de información por parte del fondo privado, que evitó indicarle que era beneficiaria del régimen de transición por tener al 1 de abril de 1994 15 años, 2 meses y 7 días cotizados, que ya tenía la densidad de semanas requeridas en el régimen de

transición para poder acceder a la prestación de vejez, las características, ventajas y desventajas del RAIS, así como tampoco efectuó una simulación pensional y solo se limitó a indicarle que el ISS se iba a acabar y perdería sus aportes. Elevó derecho de petición a PORVENIR y COLPENSIONES en el cual solicitó la nulidad de traslado al RAIS, quienes emitieron respuesta negativa a lo pedido, COLPENSIONES en especial sostuvo que no cumplía con el requisito de quince años cotizados al momento de entrar en vigencia la Ley 100/1993.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 90) 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 98 a 129.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los datos de identidad de la actora, la afiliación a CAJANAL hasta el 31 de marzo del 2000, el traslado de régimen efectuado el 1 de abril del 2000 a PORVENIR, la edad de la actora al momento de la demanda, las peticiones elevadas tanto al fondo privado como a COLPENSIONES, las respuestas brindadas y las obligaciones a cargo de COLPENSIONES por la extinción del ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de 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 visto a folios 1 a 27 del archivo PDF denominado "Cont. Proceso 2019-780" que se encuentra en la carpeta "CONTESTACIÓN PORVENIR" del expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los datos de identidad de la actora, el traslado efectuado el 1 de abril del 2000, la petición elevada ante el fondo privado y la respuesta brindada.

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

La **UGPP** contestó en los términos del escrito visto a folios 1 a 12 del archivo PDF denominado "Contestación UGPP" del expediente digital.

- Se opuso a la mayoría de pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó los datos de identificación de la actora y la expedición del Decreto 2011 de 2012 en el que se subrogan las facultades del ISS a COLPENSIONES.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe de la UGPP, inexistencia de la obligación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso por parte del Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado por la actora, razón por la cual declaró válidamente afiliada a HOLGUÍN HERNÁNDEZ al RPM y condenó a PORVENIR al traslado de todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la actora incluyendo los rendimientos obtenidos, sin lugar a descontar sumas por concepto de gastos de administración, sumas que ordenó sean pagadas de manera indexada. Declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UGPP y ordenó desvincularla del proceso y declaró no probadas las demás excepciones propuestas. Llegó a esa determinación al considerar que PORVENIR no le brindó a HOLGUÍN HERNÁNDEZ información suficiente y oportuna que le permitiera tomar la decisión de trasladarse o no de régimen pensional de manera consciente, más aun, por ser beneficiaria del régimen de transición. Indicó que, si bien la actora nunca estuvo afiliada al ISS sino a CAJANAL, conforme las leyes existentes es COLPENSIONES quien asume a todos los afiliados no pensionados de las cajas de previsión social liquidadas, razón por la cual, al declararse que el traslado de régimen fue ineficaz por falta al deber de información, quien debe tener como afiliada a la actora y verificar posteriormente si es beneficiaria o no de alguna prestación pensional es COLPENSIONES y no la UGPP. Sobre la excepción de prescripción manifestó que no está llamada a prosperar por cuanto se discute el acto jurídico de la ineficacia de la afiliación, lo cual es imprescriptible y se puede solicitar en cualquier momento, así como tampoco se encuentra en discusión un derecho económico a los cuales, si se les aplica el término trienal, declaró no probadas las demás excepciones por los resultados del proceso y condenó en costas a PORVENIR.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Indicó que es un tercero de buena fe, que no intervino en la afiliación suscrita entre la actora y la AFP, por lo que no puede condenarse a recibir a HOLGUÍN HERNÁNDEZ, además porque se afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

PORVENIR: Expuso que la razón por la cual la actora desea volver al RPM es netamente económica, dada la diferencia en su mesada pensional, lo cual, bajo ninguna circunstancia permite declarar una ineficacia de traslado por falta al deber de información, además, porque en su interrogatorio HOLGUÍN HERNÁNDEZ dijo que se le habían nombrado algunas de las características del RAIS, por lo que su decisión fue libre, consciente y voluntaria. Sostuvo que la permanencia por 21 años en el RAIS y la falta de pruebas que demuestren que la actora estuvo interesada en conocer su situación pensional, acreditan que conocía el régimen al que estaba afiliada, además, porque ya se encuentra inmersa en la prohibición legal de la Ley 797/2003, razón por la cual no hay lugar a que se ordene su traslado al RPM. De manera subsidiaria pidió la revocatoria de la orden de devolver las sumas descontadas por gastos de administración y seguro previsional, conforme las mismas se originan de una disposición legal y se vulnera el derecho a las restituciones mutuas al ordenar su devolución junto a los valores y rendimientos causados gracias a la buena gestión de la AFP. Hizo mención del Art. 7 Decreto 3995 de 2008, el cual dispone los casos en que se debe efectuar la devolución de las sumas descontadas por administración y seguro previsional.

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

Parte demandante: En síntesis indicó los hechos probados a lo largo del proceso, así como aseveró que la AFP no probó que haya brindado la información suficiente y necesaria al momento del traslado de régimen, por lo que faltó al deber que le asistía, razón por las que solicitó se confirme la decisión.

Parte demandada.

PORVENIR: Indicó que el traslado realizado por la demandante es válido, y se cumplió con la normativa a la fecha de los hechos respecto de suministrar información para el traslado al RAIS, además, la permanencia en el tiempo como afiliada al fondo privado convalida el acto de traslado, razones por las cuales solicitó la revocatoria de la decisión.

COLPENSIONES: Adujo que no existen medios probatorios que acreditaran que a Holguín Hernández no le hayan brindado información suficiente al momento del traslado, así como tampoco se demostró la ocurrencia de algún vicio del consentimiento. Indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797/2003 y que la decisión tomada por el A quo en caso de confirmarse afectaría la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

UGPP: Solicitó se confirme la decisión en lo que atañe a su desvinculación por cuanto no cuenta con la competencia ni las facultades para resolver asuntos como el que se discuten en el proceso de ineficacias de traslado al RAIS ya que no son un fondo 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*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la condena a la devolución de los gastos de administración descontados por el fondo privado.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 81 a 86, contentiva de la reclamación de fecha 17 de mayo de 2019, en la que solicitó la nulidad del traslado al RAIS y la activación de su afiliación al RPM, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 63 archivo PDF "Cont. Porvenir 2019-780" del Exp. Digital), fondo al cual se trasladó desde el 30 de marzo del 2000, 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 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 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 30 de marzo del 2000 (fl. 63 archivo PDF "Cont. Porvenir 2019-780" del Exp. Digital), 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 ésta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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.

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"*

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 perderá los beneficios del régimen de transición, o 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, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

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, pero la entidad no demostró ni aclaró si le expuso a la actora un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, no le advirtió

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"

sobre la posibilidad de perder el régimen de transición, 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 21 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM como lo sostiene PORVENIR, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS tampoco 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 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).*

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 la AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración 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

legítima 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 de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de la actora ni mucho menos de Colpensiones, además de que garantiza la sostenibilidad financiera 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."

Respecto del argumento de PORVENIR en el que indica la inviabilidad de devolver las sumas descontadas por gastos de administración conforme el Art. 7 Decreto 3995 de 2008, es preciso indicar que dicha disposición normativa fue creada, tal como lo indica la parte considerativa y el Art. 1 de la norma⁵, con el objetivo de solucionar los casos de multifiliaciones de los cotizantes, quienes, por errores en manejo de la información de los fondos o por situaciones particulares, se encontraban cotizando simultáneamente tanto en el RAIS como en el RPM, y como quiera que en el caso objeto de estudio no existió multifiliación sino un traslado de régimen precedido por falta al deber de información, resulta improcedente la aplicación de la mencionada norma, al ser situaciones fácticas diferentes.

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

⁵ **DECRETO 3995 DE 2008. Artículo 1º.** *Ámbito de aplicación. Las disposiciones contenidas en el presente decreto se aplican a los afiliados al Sistema General de Pensiones que, al 31 de diciembre de 2007, se encuentren incursos en situación de múltiple vinculación entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad y señala algunas normas de traslados de afiliados, recursos e información.*

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 UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000) a cargo de 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 el nueve (09) de agosto del dos mil veintiuno (2021) por el Juzgado Veintitrés Laboral del circuito de Bogotá D.C., 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, fíjense como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000) a cargo de cada una de las apelantes.

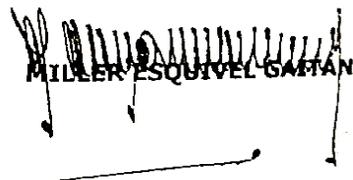
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



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 MÓNICA RUEDA SALCEDO CONTRA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES. Rad. 2020 – 00032 01. Juz. 15.

En Bogotá D.C., a los tres (3) 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

MÓNICA RUEDA SALCEDO demandó a la **AFP PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - 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 29 de septiembre de 1963. Efectuó aportes al ISS desde el 22 de octubre de 1986 hasta el 8 de junio de 1997. Posteriormente se afilió al RAIS mediante Porvenir S.A. el 4 de junio de 1997. Al momento del traslado no le fueron informadas las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen. No se le realizó una comparación de los regímenes pensionales ni un análisis de su caso con las condiciones para ese momento, tampoco se le realizó proyección de su mesada pensional, ni mucho menos le fue expuesta la disminución que se vería reflejada en el monto de la mesada o la posibilidad que tenía de retornar al RPM. El 13 de

noviembre de 2019 presentó solicitud de nulidad de afiliación ante la AFP Porvenir, así como copia del formulario de afiliación y simulación del monto de la mesada pensional. El 20 de diciembre de 2019 recibió respuesta de la entidad la cual manifestó que su petición era improcedente y le informaron que el monto de la mesada pensional sería equivalente a un (1) SMLMV. De acuerdo a la proyección, en el RPM el monto de la mesada pensional a la cual tendría derecho la demandante es de \$1.415.280. La actora solicitó ante Colpensiones, que la tuvieran como afiliada al RPM sin solución de continuidad y en consecuencia la devolución por parte de Porvenir S.A. de las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales y rendimientos causados. Colpensiones a través de oficio de fecha 14 de noviembre de 2019, manifestó que no es procedente anular la afiliación al RAIS.

Actuación procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta ciudad, se avocó el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito Transitorio mediante auto del 10 de septiembre de 2021. 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, las cotizaciones efectuadas al ISS, la solicitud de traslado presentada a Colpensiones y la respuesta negativa de Colpensiones ante la solicitud de la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; Prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A., contestó como consta en el expediente digital.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación efectuada ante Porvenir S.A., la solicitud de nulidad de traslado, la comunicación remitida por la AFP Porvenir S.A. y la respuesta de la solicitud de desvinculación del RAIS.

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

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPM al RAIS de fecha 4 de junio de 1997. Ordenó a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación 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 al momento del traslado de régimen.

Recurso de apelación

PORVENIR S.A.: Señala que se debe hacer una valoración de la afiliación acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, máxime cuando quedo plenamente demostrado que la AFP cumplió con el deber de información, pues la voluntad de la señora Rueda Salcedo, quedó plasmada en el formulario de afiliación y no hay demostración de coacción alguna para suscribir el respectivo acto jurídico. En aras de lo anterior, no existe coherencia al ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos, comoquiera que dichos valores son producto de la correcta administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora.

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

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa procesal.

Parte demandada:

- **PORVENIR S.A.:** 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 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 parte actora. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, esto es, no era obligatorio hacer proyecciones pensionales por escrito en uno u otro régimen. Así mismo, es pertinente señalar que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al RPM, toda vez que para el momento en que se vinculó al RAIS, la normativa vigente correspondía al texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Es decir, que la accionante no contaba con ningún limitante para retornar al RPM, tres años después de realizada la vinculación al RAIS; no obstante, decidió continuar en este régimen pensional de manera libre y voluntaria.

- **COLPENSIONES:** No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP Porvenir S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso, medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía trasladarse de régimen pensional. En ningún momento se logró observar vicio del consentimiento en el acto jurídico de afiliación.

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 del derecho de petición radicado el 13 de noviembre de 2019 (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 régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 4 de junio de 1997, cuando solicitó su vinculación a la AFP Porvenir (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 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A., el 4 de junio de 1997 (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 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.

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. 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 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, 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

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.

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;

"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"

La Sala trae a colación la sentencia SL2817 de 2019, donde adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

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"

"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".

Nada de lo anterior demostró la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., la cual asumió la afiliación efectuada por la demandante en el RAIS, y que la simple suscripción del formulario no es prueba suficiente para demostrar un consentimiento debidamente informado. La AFP no acreditó haber expuesto un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad. No obstante, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019).

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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la 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 Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, o si cuenta con algún derecho adquirido, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones".*

Devolución de los gastos de administración

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica

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

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

[...]

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

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

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

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 La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad (\$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 Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Fíjese el valor de un (1) smlmv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho.

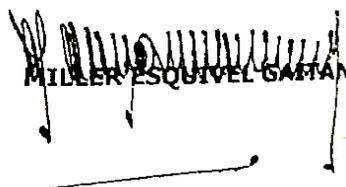
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CAMILO IVÁN PRIETO MÉNDEZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Rad. 2021 00096 01 Juz 22.**

En Bogotá D.C., a los tres (3) 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

CAMILO IVÁN PRIETO MÉNDEZ demandó a la **AFP PROTECCIÓN** y a **COLPENSIONES**, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en el expediente digital.

- 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.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen en el expediente digital. Nació el 20 de noviembre de 1959. Desde el inicio de su vida laboral, el afiliado perteneció al RPM en el cual realizó aportes al ISS desde el 20 de junio de 1984 hasta el 30 de septiembre de 1999. Cuenta con un total de 787.57 semanas cotizadas en el RPM. Se afilió al RAIS mediante la AFP Protección S.A., en el mes de octubre de 1999. El demandante presenta aproximadamente 1.800 semanas cotizadas al régimen general de pensiones. La pensión de vejez del actor asciende al valor de \$1.743.827.

El IBL actual del demandante calculado a 2020, está alrededor de \$4.541.659, lo cual le permite acceder a una tasa de reemplazo de 77.9% para una pensión equivalente a \$3.538.545. El señor Prieto Méndez solicitó la anulación de su afiliación ante el fondo de pensiones Protección S.A., petición que fue negada por no cumplir con los requisitos para que proceda dicha solicitud. El 16 de marzo de 2020 radicó ante Colpensiones, solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS, la cual fue rechazada por la entidad administradora de pensiones.

Actuación Procesal

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

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

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, los aportes efectuados al ISS, la densidad de semanas cotizadas a Colpensiones, la afiliación del actor al ISS y la solicitud de anulación de la afiliación.
- Formuló como excepciones de mérito; errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

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

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento del demandante, las cotizaciones efectuadas al sistema general de pensiones y la solicitud de nulidad de la afiliación a Protección S.A.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los

recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derecho de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS que se efectuó a través del traslado a la AFP Davivir (hoy Protección S.A.), de fecha 11 de julio de 1995. Ordenó a la AFP Protección 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: Considera que no es procedente la declaratoria de nulidad de traslado pues el formulario de afiliación es válido y acorde a las exigencias normativas de la época del traslado. De otra parte, el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/03. Señala que la decisión afecta la sostenibilidad financiera y los principios del sistema general de pensiones.

PROTECCIÓN S.A.: Manifiesta que es improcedente ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos, comoquiera que dichos valores son producto de la gestión de administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual del actor y de responder con el patrimonio del fondo de pensiones, se estaría frente a una responsabilidad civil en la cual el demandante no probó el detrimento o daño derivado de la afiliación al RAIS.

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

Parte demandante: Solicita en síntesis se confirme la decisión, ya que la misma está acorde con las consideraciones vinculantes contenidas en las sentencias de casación proferidas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral.

Parte demandada:

- **COLPENSIONES:** se evidencia en el presente proceso que el actor tramitó su traslado de manera libre y voluntaria al suscribir el formulario de afiliación a la AFP sin adolecer de vicio en el consentimiento, que recibió una asesoría por parte del funcionario de la AFP, que tuvo en su debido momento la oportunidad para resolver las posibles dudas que se le generaran acerca del RAIS. De igual manera, el demandante, no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, esto es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada. De igual forma, la demandante solo se cimentó en el propósito de aumentar el monto de la mesada pensional sin allegar prueba siquiera sumaria del daño ocasionado, teniendo en cuenta la carga probatoria, contemplada en el artículo 167 del C.G.P.

- **AFP PROTECCIÓN:** 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 las consecuencias declaradas por el A quo.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la petición radicada el 16 de marzo 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 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 1 de octubre de 1999, cuando solicitó su vinculación a la AFP Protección S.A.

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 1 de octubre de 1999, diligenció una solicitud de vinculación a la AFP Protección S.A (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 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.

reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre 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 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, 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

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"

proyekte, 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.

La Sala trae a colación la sentencia SL2817 de 2019, donde adoctrinó que la demostración del consentimiento informado en el traslado o afiliación al RAIS está en cabeza del fondo de pensiones, al respecto dijo:

"Corresponde a la AFP brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión y realmente libre sobre su futuro pensional" y por tanto demostrar su diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil; además porque aplicada la regla probatoria del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP [...] las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba, lo que significa como aduce el cargo, que la carga de la prueba se invierte respecto de quien recae, es decir, que corresponderá a la contraparte demostrar el hecho indefinido".

Nada de lo anterior demostró la AFP Protección, entidad 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 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

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"

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;

"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"

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, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la 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 Calderón¹, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario 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"*.

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 Protección, 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).

Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración así como los rendimientos generados por los aportes, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza también el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵). No obstante, los gastos de administración son deducciones autorizadas por el artículo 104 de la ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 53 de la ley 1328 de 2009, se tiene que con relación a los efectos de la declaratoria de ineficacia del traslado, es que las cosas vuelven a su estado anterior, la AFP tiene que asumir los efectos del acto ineficaz, comoquiera que la misma se generó como consecuencia del incumplimiento del deber de información a cargo.

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

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:

[...]

“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 utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS

Las de primera se **CONFIRMAN**. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes. Fíjese el valor de un (1) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de 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 Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el día 9 de noviembre 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) smmlv para esta anualidad (\$1.000.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

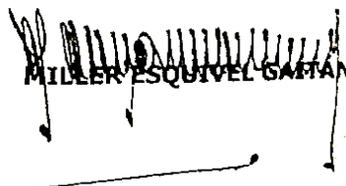
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN