



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO Expediente: Rad.  
110013105023201900314-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de PORVENIR S.A y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALFREDO CASTILLO PRIETO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

ALFREDO CASTILLO PRIETO, pretende que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS ante la omisión de PORVENIR S.A del deber profesional de información, y como consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a COLPENSIONES como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, se ordene a PORVENIR S.A la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el art 1746 del

C.C, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art. 963 C.C y en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse sentencia que ponga fin a esta litis a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladados por el fondo todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste con el propósito que no quede desprotegido de su derecho pensional, lo que resulte extra y ultra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 10 de enero de 1995, como consecuencia de la publicidad de las AFP decide trasladarse al RAIS administrado por PORVENIR S.A el 30 de enero de 2001, el representante de la AFP al momento de la afiliación solamente se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias negativas o específicas de abandonar el régimen al cual se encontraba afiliado para pensión y sus implicaciones sobre los derechos pensionales que debía tener en cuenta para tomar la decisión del cambio de régimen de pensiones, no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión en ambos regímenes, no le informó que tenía derecho a retractarse de la afiliación, ni hasta qué edad debía cotizar en la AFP y con qué salarios, entre otros aspectos, razón por la cual ha elevado solicitudes de anulación del traslado a las demandadas siéndole negadas por parte de COLPENSIONES y no contestada por PORVENIR S.A, de haber seguido en el RPMPD el monto de su pensión sería \$1.733.299 en el RAIS sería de \$828.117 generando una diferencia de \$905.183, actualmente se encuentra cotizando a PORVENIR S.A. (fls 2-36).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con las solicitudes elevadas a las demandadas con su respectiva contestación por parte de COLPENSIONES y que actualmente se encuentra cotizando a PORVENIR S.A.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-** propuso las excepciones denominadas como validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica (Fls 234-243)

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, compensación, buena fe y genérica. (Fls 251-260).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 5 de marzo de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; condenó a esta última entidad a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por la administración ni por cualquier otro concepto; declaró que el demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliado al RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, por cuanto la información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y con la vigilancia y control que sobre ellos ejercen la Superintendencia Financiera en Colombia, asimismo, los promotores que realizaban las afiliaciones recibían permanente la capacitación a fin de brindar una orientación y asesoría a los potenciales afiliados, en cuanto al interrogatorio de parte practicado el demandante afirma: *“que el asesor de la AFP que representó simplemente se limitó a decir les tengo una mala noticia el ISS se acaba y nosotros vamos ayudarles y a garantizarles para*

*que ustedes puedan defender esos aportes”,* por lo que las circunstancias temporales de tiempo y lugar en las cuales realmente se realizó el traslado dejan en claro que la razón por la cual decide trasladarse es porque el ISS se iba a terminar y todos sus aportes se terminarían de lo cual de una y otra manera lo reitera a lo largo del interrogatorio y del proceso, cabe resaltar que realizó su traslado de manera espontánea sin que se le haya inducido o constreñido para tomar una decisión de tal importancia, además que con la firma que consignó en el formulario fue conocedor de cada uno de las implicaciones que tenían del RAIS como en el RPMPD, bonos pensionales, régimen de transición. Adicionalmente, en relación con la carga de la prueba no se logra probar que el asesor de la AFP hubiera incurrido en maniobras engañosas que lo hubiese inducido a realizar el traslado y, frente a los gastos de administración, los mismos por su naturaleza son del RAIS autorizados por la ley.

**APODERADA DE COLPENSIONES:** En cuanto el demandante no era no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU-130/2003, y no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo pues no hay una expectativa legítima como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaba más de 20 años para acceder a la pensión, siendo así que debe someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones del régimen al cual se encuentra afiliado, en este caso PORVENIR S.A., debiéndose tener también en cuenta que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el RPMPD puede resultar superior al que va a recibir en el RAIS por sí sola no constituye una prueba de que cuando realizó el traslado lo haya hecho por un engaño por parte del fondo, máxime cuando en el interrogatorio de parte manifestó su inconformidad respecto de su mesada pensional siendo así que no se evidencia engaño por parte del fondo para que se declare la ineficacia solicitada, continuando en el RAIS de manera libre y voluntaria por más de 18 años, sin manifestar ninguna inconformidad, y por último, con la decisión de nulidad se atenta contra el principio de sostenibilidad del sistema financiero.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras

obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, consideran que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, la apoderada de la parte actora, solicita que se confirme el fallo, pues no cumplieron con el deber de información y la firma de formulario no es garantía de que se haya hecho el traslado de manera consciente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima de pensión, **iii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iv)** si el interrogatorio de parte rendido por la demandante fue debidamente valorado, **vi)** si la permanencia en el RAIS por 18 años sana la nulidad del traslado de régimen, **vii)** si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración a COLPENSIONES, y **viii)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta la estabilidad financiera de COLPENSIONES, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

**Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.**

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).*

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen***

***de transición.”***

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 54 obra copia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A diligenciado el 30 de enero de 2001 con efectividad a partir del 1° de marzo de 2001, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que en el año 95 no recuerda bien porque su afiliación aparece desde el año 2001, llegó su lugar de trabajo un señor junto con el jefe de personal iniciaron una reunión con 14 o 13 operadores de maquinaria, el señor se presentó y era el asesor de PORVENIR S.A quien les informó que el ISS se iba acabar y sus aportes se iban van a perder, que está AFP no los iba a desamparar, que iban a recuperar su dinero recaudado o ahorrado y logrando pensionarse con 1150 semanas, entonces si estaban de acuerdo firmaba; sin que les informara el monto de la pensión y los requisitos para pensionarse.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna

manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor ALFREDO CASTILLO PRIETO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo

con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A diligenciado el 30 de enero de 2001 con efectividad a partir del 1º de marzo de 2001 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde hace 18 años no genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Continuando con lo que es el tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará la decisión del A quo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto*

*jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

*(...)*

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengarán entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

*Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.»*

Declaratoria que de ninguna manera afecta lesiona el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar PORVENIR S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

## **COSTAS**

Se condenará en costas de esta instancia a las demandadas al resultarles desfavorables sus recursos, las de primera instancia se confirman.

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

## **RESUELVE**

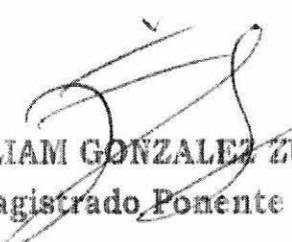
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2021 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por ALFREDO CASTILLO PRIETO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES– Y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase

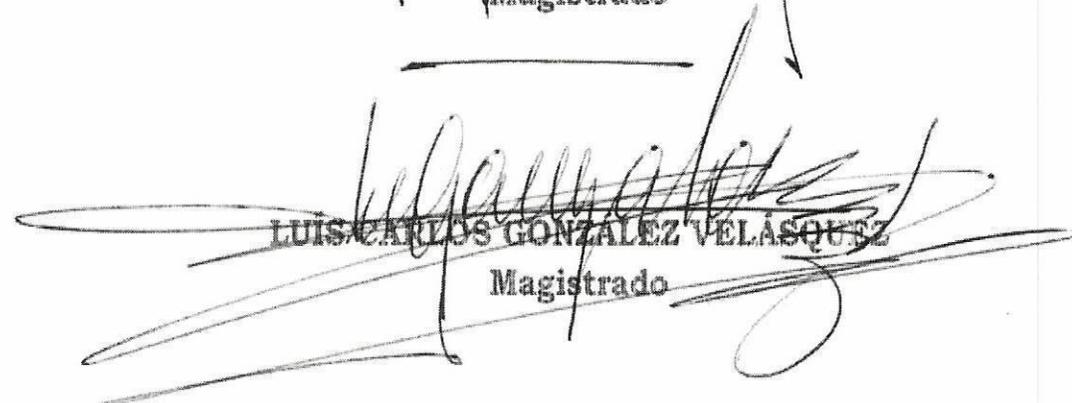
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAVÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**  
Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105004201800496-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y OLD MUTUAL en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 9 de marzo de 2020, por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **EDDY RODRIGUEZ PERDOMO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de COLPENSIONES a la Dra. CEIBOLT JULIETH ACUÑA MAYORDOMO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.023.916.764 de Btá y portadora de la Tarjeta Profesional No. 272.291 del Consejo Superior de la Judicatura, conforme al poder de folio 512.

**ANTECEDENTES**

EDDY RODRIGUEZ PERDOMO, pretende que se declare nula o ineficaz la afiliación efectuada al RAIS realizada y promovida por OLD MUTUAL S.A; y como consecuencia determinar que todas las afiliaciones posteriores que hubiere efectuado en el RAIS carecen de validez jurídica, condenar tanto a OLD MUTUAL S.A como a la administradora de pensiones actual en la que

se encuentra afiliado y a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, condenar a COLPENSIONES a que active la afiliación, que efectúe el registro correspondiente en el sistema SIAFP, que reconozca y pague la pensión una vez se acrediten los requisitos legales para ello, lo que resulte ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones, narró, en síntesis, que nació el día 12 de marzo de 1967, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 11 de enero de 1990, suscribió formulario de afiliación al RAIS el 1° de noviembre de 1996 y desde la fecha hasta ahora ha permanecido afiliado en este régimen pensional, para la fecha de la afiliación había cumplido 35 años y había cotizado más de 254 semanas, la AFP en la asesoría omitió efectuar los cálculos financieros, actuariales y matemáticos e informar sobre las ventajas y desventajas de afiliados al RAIS, no le informaron que aun cuando efectuará cotizaciones sobre topes salariales su mesada pensional nunca iba a ser más favorable que el otorgado por el RPMPD pues disminuiría un 80%, entre otros aspectos, para la fecha de la demanda acredita 56 años de edad y más de 1343 semanas de cotización, actualmente se encuentra afiliado a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, durante la permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional completa y veraz sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, razón por la cual ha elevado solicitudes para anular la afiliación siéndole negadas y COLPENSIONES no ha dado respuesta. (Cuad. 1 Fls 4-18)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma, las demandadas en término dieron contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del demandante, su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, que las AFP siempre han contado con actuarios y las solicitudes elevadas a COLFONDOS S.A, OLD MUTUAL S.A y COLPENSIONES con sus respectivas respuestas.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** planteó las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el RPMPD, buena fe, prescripción, compensación y la genérica. (fls 100-107).

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** propuso las excepciones de validez de la afiliación a COLFONDOS S.A, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica (fls 142-149).

**OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones que denominó como prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 177-184)

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 9 de marzo de 2020 el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar la nulidad de la afiliación que hiciera la demandante al RAIS que en su caso administra la sociedad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenar a OLD MUTUAL S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; ordenar a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al RPMPD; y, condenar en costas a la parte demandada OLD MUTUAL S.A, fijando como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL S.A PENSIONES Y CESANTÍAS S.A interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES-**, en atención a la prohibición de traslado prevista en el art 2 de la ley 797 por parte del actor, y por respeto a los principios de sostenibilidad financiera y relatividad de los negocios jurídicos previendo las consecuencias adversas para el RPMPD de la relación contractual entre el demandante y el fondo privado.

**OLD MUTUAL S.A ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**, en cuanto al numeral segundo, específicamente frente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que la naturaleza de los mismos proviene de la propia ley 100, es decir, dichos descuentos se hacen por orden normativa en orden a que se paga una póliza de invalidez y muerte a la administración de la cuenta que genera los rendimientos de dichos dineros, y como ya fueron pagados los mismos ya no se encuentran dentro del arca de la AFP, constituyendo un detrimento su pago, dado que los rendimientos generados por OLD MUTUAL S.A en comparación a COLPENSIONES son muchos más altos de lo que hubiesen sido, en razón a que si ella hubiese estado afiliada de por vida a COLPENSIONES versus a una AFP -en este caso OLD MUTUAL-, los rendimientos generados por ocasión a los aportes nunca serían los mismos y pues se debería de

entender que los gastos de administración cobramos no se hacen por capricho sino que efectivamente se prestó una contraprestación.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia, insistiendo en que se debe acoger el precedente jurisprudencial contenido SL 2810 de 2019, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo acredita a penas una mera expectativa y no se logró probar que la demandante haya ejercido sus obligaciones como consumidor financiero. Por otro lado, la apoderada de la actora solicita que se confirme el fallo, argumentando que no se evidencio que al momento de la afiliación al RAIS le brindaran información completa, necesaria y transparente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, y **ii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema y **iii)** si es procedente la orden de trasladar los gastos de administración. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO DE REGIMEN Y LA PROHIBICIÓN DE RETORNAR AL RPMPD.**

No es objeto de controversia en la alzada la declaratoria de nulidad de la afiliación y traslado de régimen frente a la afiliación efectuada por el demandante EDDY RODRIGUEZ PERDOMO el 18 de octubre de 1996 y con fecha de efectividad 1º de diciembre del mismo año, de la cual da cuenta la copia del formulario obrante a folio 186.

Así las cosas, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional,

debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

### **DE LA SOSTENIBILIDAD DEL SISTEMA FINANCIERO**

Al respecto, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

### **DE LA DEVOLUCIÓN DE LOS GASTOS DE ADMINISTRACIÓN**

Últimamente, en lo atinente a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

*“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.*

*(...)*

*De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el*

*restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.*

*Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.*

*(...)*

*De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.*

*En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.*

*Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.*

*Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder»,*

*debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.*

*Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».*

*(...)*

*Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”*

## **COSTAS**

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

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

## **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de marzo de 2020 por el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por EDDY RODRIGUEZ PERDOMO contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

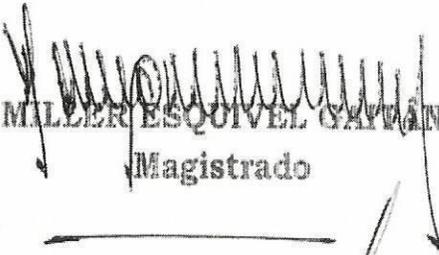
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105023201900507-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ JAQUELINE CALDERÓN GARZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

**ANTECEDENTES**

LUZ JAQUELINE CALDERÓN GARZÓN, pretende que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS administrada por la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y como consecuencia, se ordene el traslado del RAIS al RPMPD, se restituya el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta; se reembolse de forma integral los cobros y gastos de administración descontados de los aportes pensionales, que COLPENSIONES acepte la vinculación en el RPMPD recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración, además de aceptarla en el en el sistema como si nunca se hubiera traslado; lo que resulte ultra y extra petita; y las costas.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que estuvo vinculada en el RPMPD hoy COLPENSIONES; se afilió en el RAIS

administrado por la AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el día 30 de septiembre de 1998; esta última entidad contrató vendedores o asesores que no tenían un amplio, perito e idóneo conocimiento en temas de seguridad social los cuales la indujeron de manera equívoca a trasladarse; le manifestaron que no perdería beneficios pensionales del RPMPD; nunca le indicaron los eventuales riesgos que podía tener al trasladarse al RAIS; ni le suministraron información idónea para asumir una determinación objetiva; tampoco le realizaron una eventual simulación o comparación del valor de la mesada pensional entre los regímenes; COLPENSIONES no realizó ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP frente a que se iba acabar; desde la fecha de afiliación ha estado gestionando ante COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el retorno al RPMPD; no presentó comunicación escrita en la que constaba la selección de dicho régimen de manera libre, espontánea y sin presiones; la permanencia en el RAIS lesiona su derecho de libre escogencia generando una situación de inconveniencia en el derecho pensional por cuanto lesiona la calidad de vida, el derecho a la dignidad humana y su mínimo vital; empobreciendo su poder adquisitivo pues la pensión que éste reconocería sería equivalente a un 60% aproximado del valor que debería percibir en el RPMPD; razón por la cual ha elevado solicitud de traslado ante las demandadas obteniendo respuesta negativa (Fls 2-19)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en forma legal las demandadas dieron contestación en término así:

**COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** se allanó a las pretensiones y solicitó que no se le impusieran costas (fl 99).

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES,** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, negó o manifestó no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con la afiliación a cada una de ellas, que al momento del traslado estaba vigente el Estatuto del Consumidor Financiero y las solicitudes elevadas a las demandadas con su respectiva respuesta; y, propuso las excepciones que denominó como falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el art 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica ( fls 49-75).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 23 de junio de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficiencia de la afiliación o traslado de la

demandante al RAIS administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A, condenó a la anterior entidad a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, declaró que la demandante para efectos pensionales se encuentra afiliada al RPMPD hoy administrado por COLPENSIONES, declaró no probadas las excepciones propuestas, sin costas.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpone recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad, pues se presenta una afectación al principio constitucional de sostenibilidad financiera, al punto de que si no fuera así la Corte Constitucional no hubiera proferido las sentencias que se mencionaron en la contestación de la demanda ya que COLPENSIONES maneja y administra un fondo común por lo que cualquier afectación del mismo representa una clara o grave afectación a derechos fundamentales de aquellos afiliados que sí venían cotizando de manera constante a dicho fondo, razón por la cual es improcedente el traslado para aquellos afiliados que les faltare menos de 10 años para adquirir la edad de pensión tal como se presenta en este caso; por último, de presentarse perjuicios COLPENSIONES queda completamente a su mera liberalidad para presentar las acciones correspondientes con miras a evitar esta clase de perjuicio.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido ambas partes guardaron silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

### **CONSIDERACIONES**

No es objeto de controversia en la alzada el derecho que le asiste a la demandante de trasladarse al RPMPD, sino las consecuencias financieras que tal decisión comporta y si se hallaba inmersa en la prohibición para trasladarse al faltarle menos de 10 años para cumplir con los requisitos para adquirir el derecho. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

## **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - PROHIBICIÓN DE RETORNAR AL RPMPD**

Una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 23 obra copia del certificado de afiliación expedido por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS que da cuenta que el demandante si se encontraba vinculada a esta AFP, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ JAQUELINE CALDERÓN GARZÓN asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

### **DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD**

Aduce COLPENSIONES que no debió ordenarse aceptar o recibir la devolución que le realice el fondo privado con ocasión de la declaratoria de nulidad del traslado por cuanto tal situación afectaría el equilibrio financiero del RPMPD.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por dicha recurrente, ninguna lesión al principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones se genera con la determinación del A quo, habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí los recursos que debe reintegrar COLFONDOS S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

### **COSTAS**

Se condenará en costas de esta instancia a la recurrente ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera se confirman.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 23 de junio de 2020 por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por LUZ JAQUELINE CALDERÓN GARZÓN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en COSTAS de esta instancia a la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–. Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000.

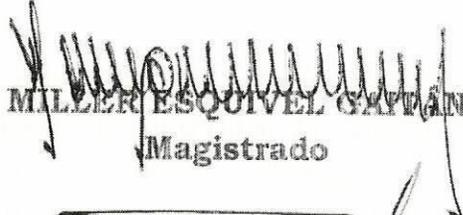
Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

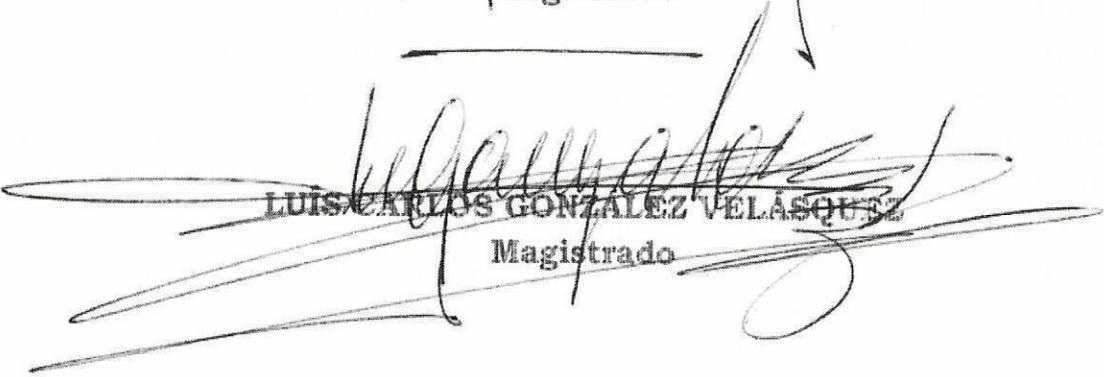
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



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

**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**

**Expediente: Rad. 110013105036201800776-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUCY HUESA MARTINEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

**ANTECEDENTES**

LUCY HUESA MARTINEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y EL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A; para que previa declaratoria de que dicha AFP incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, que por tanto da lugar a la nulidad de su afiliación al RAIS por vicio en el consentimiento y a que se encuentre válidamente afiliada al RPMPD administrado en la actualidad por COLPENSIONES; se condene a PORVENIR S.A a registrar en su sistema de información que su afiliación en pensión es nula e ineficaz y a

trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, ordenando a COLPENSIONES a activar su afiliación de la pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar; lo que resulte ultra y extra petita; costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 8 de enero de 1964, realizó su primer aporte a pensión en el RPMPD a través del ISS hoy COLPENSIONES el 8 de octubre de 1984, se afilió a la AFP PORVENIR S.A el 17 de mayo de 1994 cuando contaba con 30 años de edad, cotizó un total de 239.86 semanas en el RPMPD, actualmente los aportes a pensión son administrados por PORVENIR S.A., a su lugar de trabajo llegaron asesores comerciales de ese fondo quienes le informaron que la mejor opción para su pensión era trasladarse a PORVENIR S.A y que el ISS se iba a liquidar poniendo en riesgo sus aportes a pensión, con lo que le aseguraron que recibiría una pensión de mayor valor en PORVENIR S.A, omitiendo brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado, así como también las características de ambos regímenes pensionales, entre otros aspectos, COLPENSIONES no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle asesoría sobre su decisión de traslado, a la fecha no se encuentra pensionada por ninguna entidad, PORVENIR S.A le informó que la mesada pensional estimada según la simulación pensional sería equivalente a \$781.242, y de acuerdo con la proyección pensional realizada por ADDECO SAS la pensión en COLPENSIONES equivaldría aproximadamente a \$2.373.958, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndoles negadas. (Fls 1-10)

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, la fecha en que realizó su primer aporte, la afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, actualmente sus aportes son administrados por PORVENIR S.A, que al fecha no se encuentra pensionada por parte de ninguna entidad, las solicitudes que ha elevado con sus respuestas y la proyección realizada por ADDECO SAS.

### **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES**

propuso las excepciones 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, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni de

indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, compensación y la genérica (fls 70-92)

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A** propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 107-115).

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 12 de marzo de 2020, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 1° de junio de 1994 del RPMPD al RAIS; condenar a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otra; declarar no probada la excepción de prescripción; y, condenar en costas a PORVENIR, incluyendo la suma de \$600.000 como agencias en derecho.

### **RECURSOS DE APELACIÓN**

Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

**LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**, por cuanto **i)** el formulario de afiliación suscrito por las partes no fue tachado de falso siendo un documento totalmente válido, siendo el único documento que se solicitaba para la época sin que pudiera llamarse al asesor que la atendió como un testigo dado que han pasado 25 años de esa afiliación y el mismo ya que no está en la compañía, **ii)** la información suministrada por la AFP PORVENIR S.A en su momento fue clara, completa y comprensible a la luz de la ley 100/1993 y el decreto 663 del mismo año, **iii)** tenía 30 años de edad cuando realizó la afiliación ante PORVENIR S.A y solo contaba con 208.1 cotizaciones, **iv)** la AFP no podía haber realizado un rechazo de la afiliación ya que la ley 100/1993 en su art 112 indica que no se puede rechazar ni discriminar las afiliaciones igual el art 271 de la misma ley que incluso coloca una sanción a quien impida o atente contra la afiliación; y **v)** los gastos de administración están prescritos debido a que no hacen parte de la pensión, además de ello ese dinero siempre ha estado destinado a cubrir los riesgos de invalidez o muerte, por lo que ordenar su pago comportaría un enriquecimiento sin causa.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en el entendido que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ya que tan solo tenía 39 años de edad y 231,8 semanas de cotización para el 1º de abril de 1994, por lo que no le es aplicable el precedente de la Honorable Corte Suprema de Justicia, encontrándose además inmersa en la prohibición para trasladarse de régimen pensional al faltarle menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse siendo válida su afiliación al RAIS pues suscribió de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con la AFP PORVENIR A.S argumento que se ratifica con el interrogatorio de parte rendido, ya que indicó conocer características del RAIS como que se podría pensionar a una edad anticipada o que recibieron asesoría por parte de los promotores de dicha entidad; asimismo la demandante en ningún momento se acercó a solicitar información de su futuro pensional incurriendo en negligencia, no habiendo aportado pruebas suficientes que acreditaran la existencia de un vicio del consentimiento por lo que cualquier error sería de derecho y no de hecho pues versa sobre las características de los regímenes pensionales los cuales están establecidos en la normatividad vigente.

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria la cual se evidencio con la suscripción del formulario de afiliación, asimismo no hizo uso de su derecho de retracto sino decidió continuar en el RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no es válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones. Por último, consideran que al declarar la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por otro lado, la parte actora guardó silencio.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

#### **CONSIDERACIONES**

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba; **ii)** si es presupuesto para

declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima de pensión; **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si se saneo la nulidad por la permanencia de la demandante en el RAIS; **iv)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD; **v)** si PORVENIR S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **vi)** si operó la prescripción. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

#### **DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.**

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.***  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una***

**decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener una expectativa legítima de pensión o ser beneficiario del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la

materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 117 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR S.A diligenciado el 17 de mayo de 1994 con fecha de efectividad del 1 de junio del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 118), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que es economista y en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PORVENIR S.A, lo que manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, fue que en el año 1994 escuchaba rumores tanto de las noticias como de las personas que el ISS estaba pasando una situación difícil económicamente estaba en una muy mala situación eso se escuchaba por los medios y personas que se estaban pensionando y en ese tiempo salieron las AFP y a la empresa en que ella trabajaba llegaron dos asesores de PORVENIR S.A ofreciéndoles una mejor situación si se trasladaban de fondo y les corroboraron lo que venían escuchando, esto es, que iban a estar mejor pensionados y que la temática seguía siendo la misma donde ellos debían seguir cotizando a través de la empresa, la asesoría se hizo en un salón de manera general, les informaron que para pensionarse en el RAIS igualmente debían cumplir la edad y las semanas cotizadas la única ventaja que tenía la AFP es que era seguro que se iban a pensionar en cambio en el ISS no, luego les pasaban los formularios para que diligenciara sus datos personales y ya, en el año 2018 en la empresa habían rumores que la AFP no estaba pensionando como ellos esperaban por lo que quiso retornar a COLPENSIONES porque su pensión en PORVENIR S.A era de un salario mínimo sintiéndose engañada, aceptando finalmente que sí le llegan los extractos, desconociendo que son aportes voluntarios.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUCY HUESA MARTINEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó

una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración. Máxime cuando la permanencia en el RAIS por 25 años no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 17 de mayo de 1994 con fecha de efectividad del 1 de junio del mismo año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Entonces, como no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, mal puede sostener la censura la imposibilidad de

la demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados en la sentencia SU062/10, por no contar la afiliada con más de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Últimamente, dado que la apoderada de PORVENIR S.A se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a *“trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieran solicitado, **sumas adicionales** con intereses o rendimientos, **gastos** que hubiera causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil”*; basta indicar que ninguna razón le asiste en su reproche en la medida que, como lo ha sostenido la Máxima Corporación Laboral, *“si la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones. Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones”* (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019 y CSJ SL4360-2019).”

## **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

## **COSTAS**

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

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

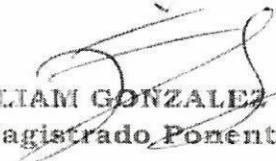
## **RESUELVE**

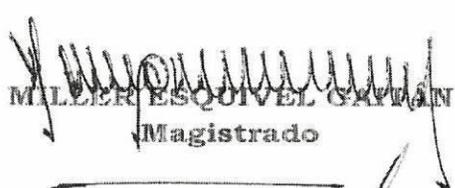
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el día 12 de marzo de 2020 por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUCY HUESA MARTINEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

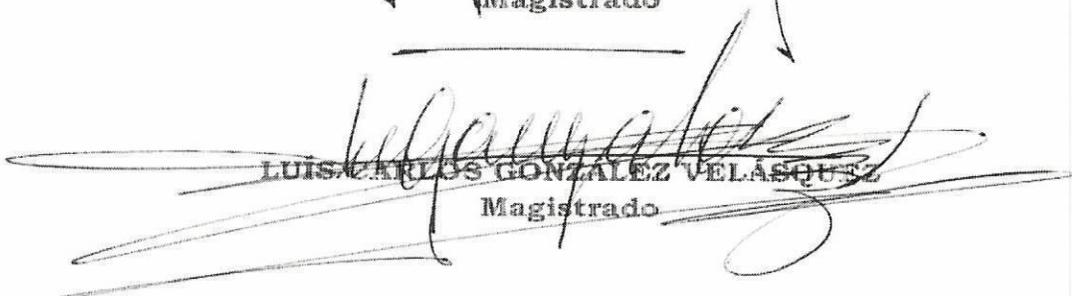
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ EULUGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESQUIVEL GAVIRIA  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ  
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**  
**JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA**

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO**  
**Expediente: Rad. 110013105012201800634-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

**TEMA:** Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

**SENTENCIA**

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **JOSÉ ALBERTO ZAPATA BEDOYA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES conforme al poder obrante a folios 191 y ss.

**ANTECEDENTES**

JOSÉ ALBERTO ZAPATA BEDOYA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que se declare la nulidad de la vinculación al RAIS efectuada a dicha A.F.P el día 1° de diciembre de 1994 por cuanto existió un error de hecho que vició el consentimiento, no existiendo un traslado válido al RAIS por lo que

legalmente se encuentra afiliado a COLPENSIONES; y en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A a registrar en su sistema de información que no efectuó ninguna vinculación válida por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó un vicio del consentimiento, se ordene a esta última entidad a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que figuren en la cuenta de ahorro individual que consisten en bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc, se condene a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación, además de actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas en el RAIS y al pago de los intereses moratorios, lo que resulte ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 26 de abril de 1963, laboró en Colombiana de Comercio Ltda desde el 29 de noviembre hasta el 30 de noviembre de 1994, cotizó al ISS un total de 626,43 semanas, se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A el 1° de diciembre de 1994 devengando un salario de \$1.750.000, quien no le informó al momento de la afiliación las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza propia de ese régimen de capitalización, ni sobre las desventajas de afiliarse al RAIS y las ventajas de permanecer en el RPMPD, tampoco le realizó escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen, PROTECCIÓN S.A conocía el número de semanas cotizadas y el promedio salarial sobre el cual cotizaba y no le sugirió que debía quedarse en el RPMPD, durante la permanencia en dicha AFP no recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, razón por la cual ha elevado solicitudes para la nulidad del traslado ante las demandadas en donde PROTECCIÓN S,A no ha emitido respuesta y COLPENSIONES se la ha negado; actualmente cuenta con más de 1826 semanas. (fls 1-28).

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con su afiliación al RAIS, las reclamaciones elevadas con sus respuestas y las semanas cotizadas.

**LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la genérica (fls 93-100)

**LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A:** propuso las excepciones que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la genérica (fls 119-128vto)

#### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 5 de marzo de 2020, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la nulidad e ineficacia de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficio del demandante al RAIS celebrada en su momento con el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A el 1° de diciembre de 1994, condenó a esta última entidad a realizar el traslado del RAIS al RPMPD tanto de la relación jurídica de afiliación, como el valor de los saldos, aportes y rendimientos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual del demandante, condenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante y a recibir el monto de aportes, saldos pensionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del derecho al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular, absolvió a las demandadas de las demás súplicas de la demanda, declaró no probadas las excepciones formuladas por PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES, no condenó en costas .

#### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido la apoderada de la parte actora, solicita que se confirme el fallo de primera instancia, argumentando que no le suministraron información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones beneficios diferentes, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, además que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado. Por otro lado, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que todas sus actuaciones están precedidas por la buena fe y legalidad, por lo que todas las personas afiliadas lo han hecho de manera libre y voluntaria, sumado a esto, los formularios de afiliación han cumplido los requisitos establecidos en el Decreto 692/1994, por otro lado, no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta alzada previa las siguientes...

## CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

### DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“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, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un 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 aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.***  
(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

***“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

***Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.***

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de***

***Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para optar por la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el

fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo a folio 129 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 29 de noviembre de 1994, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que se afilió en noviembre de 1994 los asesores de PROTECCIÓN S.A estaban en las oficinas de su trabajo donde una asesora con apellido Pachón se le acercó y de manera breve en 10 minutos le explico lo favorable del fondo y sobre dos premisas que iba a pensionarse antes de tiempo y que iba a tener una mejor mesada, llenaron un formulario y lo firmó, no le explicaron que se podía heredar, en todas las asesoría le garantizaban que la mesada pensional era mejor o igual que en el ISS.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCIÓN S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado por su antecesora era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JOSÉ ALBERTO BEDOYA ZAPATA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva -del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de

administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PROTECCIÓN S.A el 29 de noviembre de 1994 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación.

### **DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN**

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

### **COSTAS**

Sin costas en esta instancia. La absolución de primera se confirma.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 5 de marzo de 2020 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por JOSÉ ALBERTO ZAPATA BEDOYA en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

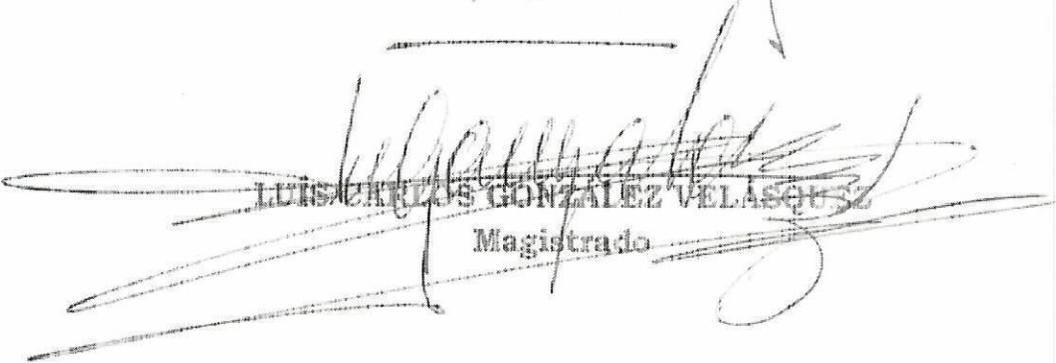
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia. Se confirma la decisión absolutoria de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

  
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente

  
MILLER ESCOBEDO CAYMAN  
Magistrado

  
LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado



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

**WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA**

Magistrado Ponente

**AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO**

**Proceso: 110013105023201500912-01**

En Bogotá D.C., hoy veintiocho (28) de febrero de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

**TEMA:** Indemnización por despido sin justa causa y pago de aportes a pensión- causa de terminación del contrato reconocimiento de la pensión.

**SENTENCIA**

Como quiera que comparecieron directamente al proceso los hijos del demandante **JULIO CESAR QUINTERO LATORRE** (q.e.p.d), señores **JULIO ENRIQUE QUINTERO PEROZO y CESAR ENRIQUE QUINTERO LEVY<sup>1</sup>**, atendiendo su condición de sucesores procesales, en los términos de los artículos 68 y 160 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CGP, es por lo que procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 9 de mayo de 2017 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JULIO CESAR QUINTERO LATORRE** (q.e.p.d) en contra de **EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de dichos sucesores a la Dra. Vivian Andrea Bermúdez Cardozo en los términos y para los efectos del poder obrante a folios 235-237.

**ANTECEDENTES**

---

<sup>1</sup> Según registros civiles de nacimiento de folios 247 y 248.

El señor Julio César Quintero Latorre por medio de apoderado judicial promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Empresa de Energía de Bogotá, para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se condene a la indemnización por despido injusto, al pago de la suma de \$313'552.537 que actuarialmente le corresponde con sus respectivos intereses, debido a la omisión de la empresa de cotizar los aportes pensionales desde el 01 de abril del 2005 y hasta el 31 de octubre de 2013 y se condene al pago de los valores determinados en la sentencia debidamente indexados y costas.

Como fundamento a sus pretensiones señaló que, laboró en la empresa desde el 16 de febrero de 1996 y hasta el 31 de octubre de 2013 desempeñando como último cargo el de Gerente de Litigios y Pensiones, devengó como último salario la suma de \$21'575.098, que el ISS Seccional de Cundinamarca le reconoció pensión de vejez mediante la Resolución 009761 del 18 de marzo de 2005, a partir del 01 de abril de 2005 y en cuantía inicial de \$5'087.743, no obstante, continuó laborando al servicio de la demandada hasta el 31 de octubre de 2013, el 9 de octubre de 2013 la empresa mediante comunicación le dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y sin justa causa, terminación que se hizo efectiva a partir del 31 de octubre de 2013, la demandada omitió informar por escrito a COLPENSIONES con una antelación no menor a 3 meses que se desvincularía laboralmente el 31 de octubre de 2013, además omitió el pago obligatorio de los aportes mensuales al ISS y a COLPENSIONES durante el período comprendido entre el 1 de abril de 2005 y el 31 de octubre de 2013, el 9 de octubre de 2013 presentó reclamación administrativa (Fls. 1-13 anexos 14-73)

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante Auto de fecha 07 de julio de 2016 (Fl. 135), se tuvo por contestada la demanda, la llamada a juicio Empresa de Energía de Bogotá, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por considerar improcedente la indemnización por despido sin justa causa solicitada, como quiera que, la empresa procedió a terminar el contrato de trabajo amparado en una justa causa; esto es, reconocimiento de pensión. Igualmente considera que era legalmente imposible a la empresa seguir ejecutando aportes a pensión dado que existe la obligatoriedad de desafiliar al sistema y al régimen para que entre a disfrutar de su pensión por vejez. Como medios de defensa propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe. (Fls. 80-89 y anexos 90-134)

## **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Con sentencia del 09 de mayo de 2017, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

**“...PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada EMPRESA DE ENERGÍAS DE BOGOTÁ S.A E.S.P de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Julio César Quintero Latorre identificado con cédula de ciudadanía No. 13213862 de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas al señor JULIO CÉSAR QUINTERO LATORRE.

**TERCERO:** De no ser apelada esta decisión, **CONSÚLTASE** con el superior en los términos del artículo 69 del CPPSS teniendo en cuenta que la sentencia es totalmente adversa a las pretensiones del trabajador...”

Para llegar a la presente decisión el A quo manifestó que:

*“... (...) El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo establece justas causas para dar por terminado el contrato encontrándose entre las justas causas para ello, por parte del empleador, precisamente el reconocimiento al trabajador de la pensión por jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, tal como lo establece el literal a) #14 de la disposición referida. Además el artículo 9° de la ley 797 de 2003 específicamente en su parágrafo 3° estableció como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo el hecho de que el trabajador cumpla con los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión, facultando al empleador para terminar el contrato de trabajo cuando sea reconocida y notificada la pensión por la administradora de pensiones.*

*Bajo estos presupuestos resulta claro que el reconocimiento de la pensión efectivamente constituye una causal para dar por terminado el contrato de trabajo y que esta facultad se le otorga al empleador para tener lugar únicamente una vez se haya notificado al trabajador la resolución a través de la cual se efectúa el reconocimiento pensional, además, hasta que se efectúe la respectiva inclusión en nómina de pensionados tal y como lo dispuso la sentencia de la Corte Constitucional C-1137/2003. En todo caso, en el presente caso o en la presente controversia no se discute el cumplimiento de los requisitos, lo que es objeto de la discusión es la inmediatez en la determinación de dar por terminado el contrato de trabajo y el no cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 3° del decreto 2245 de 2012 por parte de la demandada.*

*En relación con la inmediatez, debe señalarse que aunque de manera general se ha establecido que debe existir inmediatez entre el hecho que origina la causa del despido y el momento en que se da por terminado el contrato de trabajo, pues de no ser así, perdería eficacia la terminación efectuada, en atención a que se entendería condonada de alguna manera la falta cometida por el trabajador. No obstante, el requisito de la inmediatez no resulta aplicable a la causal establecida en el numeral 14°, literal a) del Código Sustantivo del Trabajo, en atención a que el reconocimiento pensional es un hecho que permanece en el tiempo, por eso, el hecho de que el empleador haya permitido al trabajador que tenga la posibilidad de continuar laborando una vez se ha efectuado el reconocimiento pensional, no*

*indica per se que esta situación deba prolongarse en el tiempo y que el empleador ya no pueda dar por terminado el contrato de trabajo aduciendo esta causal. Por el contrario, puede decidir en cualquier momento pues es su potestad legal dar por terminado el contrato existente.*

*(...)*

*Basta señalar que la finalidad de la norma es que no exista interrupción entre la fecha en que el trabajador se desvincula de la empresa y la fecha en que se efectúa el reconocimiento pensional. Considera este despacho que para eso es la finalidad o la filosofía de la norma, en tal sentido, la entidad demandada no resultaba obligada a informar en el año 2003 del trabajador, pues ello no tendría fundamento alguno si se tiene en cuenta que el reconocimiento pensional ya se había efectuado el 01 de abril del 2005, más cuando el demandante en ningún momento ha dejado de recibir ingresos, recibidos de manera conjunta durante los años 2005 a 2013, salario y mesada pensional.*

*Por las anteriores razones considera el despacho que el despido aquí del demandante lo fue con justa causa y por ende no procede la pretensión de indemnización sin justa causa*

*Respecto de pago de aportes a pensión: Solicitó además el demandante el pago de aportes pensionales en razón a que la demandada no efectuó aportes a pensión por el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2005 y el 31 de octubre de 2013. No desconoce la demandada que no se efectuaron aportes por el periodo referido pero señala que ello se dio en atención a que el demandante se le efectuó reconocimiento pensional mediante la resolución 009761 del 18 de marzo de 2005 y además porque el demandante solicitó de manera expresa solicitó a la demandada no realizar descuentos a pensión dado que había reunido los requisitos para acceder a pensión, situación que se corrobora con la comunicación dirigida a la coordinadora de recursos humanos obrante a (folio 122) y que se ajusta a lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4° de la ley 797 de 2003 ...”*

## **RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación. Así se expresó:

*“...Presento recurso de apelación ante el despacho para efecto de que el Tribunal Superior revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y acceda a las pretensiones de la demanda. Fundamento mi recurso de apelación en los siguientes argumentos:*

*En primer lugar, la sentencia de primera instancia analiza lo de la justa causa el reconocimiento de pensión, considero que esto no estaba en discusión, se reconoce que hay una justa causa de retiro que es el reconocimiento de pensión, lo que está en juego y lo que se demandó en el presente proceso fundamentalmente es que esa justa causa la aplicó la empresa sin cumplir las formalidades legales que establece el artículo 3° del decreto 2245, no cumplió con la obligación de informar a la entidad administradora con tres meses de anterioridad como dice el decreto 2245 y es una formalidad que como comentábamos en la sentencia de la Corte con ponencia del Dr. Juan Hernández Sáenz, es una formalidad que no puede*

*quedar al arbitrio y a la libre discreción del empleador, si abrimos la puerta para una interpretación jurisprudencial donde el empleador utilizando una justa causal como es el reconocimiento de la pensión, puede omitir a su libre discreción las formalidades por considerarlas inocuas o innecesarias, entonces, más adelante nos vamos a encontrar con el hecho de que el empleador también podría no cumplir los 15 días de preaviso en el caso de la pensión porque también le parecen inocuos e innecesarios y puede reducir los 15 días a 10 o a los días que al empleador le parezca.*

*Considero que esta decisión de primera instancia va en contra de la sentencia fijada en la Gaceta Judicial 2425 donde expresamente se dice que no solamente es indispensable motivar el despido en una causal reconocida por la ley que es la pensión, sino que debe también cumplir de manera serena la formalidades o ritos que exigen las normas laborales y no estar a discreción del empleador como en este caso decir que es inocua o que es innecesaria porque estamos abriendo la puerta para un retroceso jurisprudencial con graves consecuencias jurídicas y sociales. Eso sobre el primer punto en la sentencia.*

*Sobre el segundo punto de la sentencia en el sentido de que no se admite la inmediatez, ese punto tampoco se discutía. Sabemos que cuando el empleador es retirado por haber cometido una falta, toda la Corte ha exigido jurisprudencialmente siempre que exista inmediatez; pero aquí no es por una falta sino por reconocimiento de la pensión, entonces, esto como acertadamente menciona el despacho, la Corte ha repetido en varias sentencias, no hay límite en el tiempo, pero así como no hay límite en el tiempo, esta ilimitación en el tiempo lleva aparejado que el empleador no cotice a pensiones, entonces están vulnerando los principios de solidaridad social y de financiamiento personal porque el mismo tiempo que el empleador puede tener a un empleado pensionado durante cinco, siete y ocho años, entonces, puede retirarlo cuando a bien lo tenga pero tampoco está cotizando a pensiones.*

*La Corte Constitucional en la sentencia 1443 del 25 de octubre de 2000 ha dado un avance en este sentido cuando dice que no puede quedar en manos del legislador darle una carta libre al empleador para retirar al empleado pensionado cuando quiera y como quiera, sino que es necesario poner un límite a eso; esa reforma es muy tímida en comparación de la de negar la formalidad.*

*Y por último, sobre el hecho de la no cotización también se estaría dando vía libre para que existiendo un contrato de trabajo quede al libre arbitrio del trabajador decir que cotiza o no cotiza. La comunicación del demandante se tuvo que enviar por obligación del Acuerdo No.049 de 1990 y por obligación del Decreto 758 de 1990 que exigía y ordenaba que cuando hubieran cumplido los requisitos para acceder a la pensión se notificara para la desafiliación del régimen, pero, el empleador si quería que el trabajador continuara a su servicio debía haber cambiado el contrato de trabajo por un contrato de prestación de servicios, cosa que no hizo la empresa demandada.*

*En consecuencia la sentencia de la Corte Constitucional No. 21378 dice que no se refiere al caso, pues efectivamente no nos encontramos ante dos casos exactamente iguales, en la sentencia No. 21378 habla de la omisión de la afiliación pero es un caso que guarda semejanza con este en cuanto a sanción al empleador que no cotizó, obliga que ese cálculo actuarial se le*

*entregue al demandante como sanción al empleador y como indemnización al empleado, trabajador por la reducción de su pensión.*

*En esta forma dejo rendido mis argumentos para presentar el recurso de apelación para con el fin que el Honorable Tribunal Superior revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y acceda a las pretensiones de la demanda...”*

## **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Dentro del término concedido la apoderada de la demandada, solicita que se confirme la sentencia de primera instancia, argumentando que se probó dentro del plenario que el demandante accedió a la pensión de vejez mediante resolución No 9761 del 18/03/2005 expedida por el ISS continuando laborando en la empresa, en este caso, teniendo en cuenta la normatividad laboral le brinda la facultad al empleador de hacer uso de la terminación de contrato cuando lo estime sin razón alguna a indemnizar o al pago diferente a la liquidación final de acreencias laborales, por último, sobre la presunta omisión en la cotización al sistema general de pensiones se debe tener en cuenta el art 17 de la ley 100 del 93 modificado por la ley 797 de 2003.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la instancia previa las siguientes,

## **CONSIDERACIONES**

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

## **PROBLEMA JURÍDICO**

En atención al alcance de la apelación presentado por el demandante, le corresponde a esta Sala determinar el modo en que termino el contrato de trabajo que unió a las partes, si se probó o no la justa causa por parte del demandado y en consecuencia si hay lugar a que se ordene el pago de la indemnización por despido sin justa causa y el pago de los aportes pensionales dejados de pagar junto con sus intereses.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS), la Sala estudiará los aspectos que fueron planteados por la parte recurrente.

Es claro para esta Sala que no existe discusión entre las partes de la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido que rigió desde el 16 de febrero de 1996 y el 31 de octubre de 2013, devengando como último salario \$21'575.098 en la modalidad de salario integral desempeñando el cargo de Gerente de Litigios y Pensiones, por cuanto se evidencia a folio 73, igualmente de la certificación laboral expedida por la entidad demandada (folio 71) y la carta de terminación del contrato (folio 66).

Ahora bien, la controversia gira en torno al modo en que terminó el contrato de trabajo que unió a las partes, toda vez que el apelante alega que el empleador incumplió las formalidades legales que establece el artículo 3° del Decreto 2245 y vulneró los principios de solidaridad social y de financiamiento personal, por cuanto omitió el pago de los aportes a pensiones del trabajador.

### **DEL MODO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO**

Al respecto el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 61 hace referencia a las causales de terminación de un contrato de trabajo y el artículo 62 a las justas causas de dar por terminado un contrato de trabajo, las cuales a letra indican respecto de lo que aquí nos importa, lo siguiente:

*“ARTICULO 61. TERMINACION DEL CONTRATO.*

...

*h). Por decisión unilateral en los casos de los artículos 7o., del Decreto-ley 2351 de 1965, y 6o. de esta ley;”*

*“ARTICULO 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:*

...

*14. El reconocimiento al trabajador de la pensión de la jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa.*

...

***En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el {empleador} deberá dar aviso al trabajador con anticipación no menor de quince (15) días.***

...

*PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.”* (Negrillas fuera de texto)

En virtud a lo anterior, es evidente que la terminación del contrato de trabajo puede darse por voluntad del empleador con ocasión al

reconocimiento de la pensión de jubilación al trabajador estando al servicio de la empresa, pudiendo ser notificada por el empleador con previa verificación del otorgamiento de la prestación económica.

Para que esta figura opere y el empleador pueda dar por terminada la relación laboral, es necesario que la pensión sea otorgada mediante una resolución expedida por el fondo de pensiones del trabajador, así mismo, también se requiere que este se encuentre incluido en la nómina del fondo de pensiones que realizará mes a mes el pago de la mesada. Lo anterior se dictamina con el ánimo de garantizar al empleado un salario o mínimo vital contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política como respeto de los principios mínimos fundamentales contenidos en las normas laborales y en el contrato de trabajo.

La anterior causal de despido ha tenido una gran evolución, primero, con antelación a la entrada en vigencia del Sistema General de Seguridad Social de la Ley 100 la jurisprudencia consideró que el empleador podía terminar las relaciones laborales cuando al trabajador se le hubiese reconocido la pensión de vejez, lo cual constituye una facultad de la que el empleador podía hacer uso o no y no debía existir solución de continuidad entre la cesación del pago del salario y el comienzo del pago de la pensión, por cuanto la expresión “estando al servicio de la empresa” imponía entender que no era suficiente haber cumplido los requisitos pensionales, sino que era indispensable que el empleador garantizara el pago de la pensión al día siguiente al retiro; no obstante, la entrada en vigencia de la Ley 100 obligó replantear los alcances de esta justa causa de despido, por ello, a partir de esa fecha, se les concedió a los trabajadores el privilegio de optar, conforme a sus intereses, entre seguir laborando y cotizar por cinco años o retirarse inmediatamente y ya no bastaba con que se reconociera la pensión de vejez, sino que era obligatorio obtener la opinión del trabajador acerca de si quería retirarse o continuar trabajando o cotizando; de tal modo, si el trabajador indicaba que deseaba permanecer en el cargo, el empleador estaba en la obligación de permitirle su continuidad, porque en el evento de desvincularlo contra su voluntad puede incurrir en un despido injusto. Últimamente, la reforma pensional de la Ley 797 de 2003 dispuso otra transformación sobre este tema y reguló la materia tanto para los trabajadores particulares como para los servidores públicos, ampliando el espectro normativo, por cuanto se tiene que el hecho relevante que marca la aplicación de la regla de despido prevista en el parágrafo 3º del artículo 9º de la Ley 797 del 2003 es la fecha de reconocimiento de la pensión, es así como se lee textualmente: *“PAR. 3º—Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del*

*sistema general de pensiones. Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si éste no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel. Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones. \*(Nota: La Corte Constitucional en Sentencia C-1037 de 2003 , M.P. Jaime Araujo Rentería, declaró exequible el presente parágrafo, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente.)...*

Lo anterior quiere decir, que a partir de la entrada en vigencia de la anotada ley (29 de enero del 2003), el despido de los trabajadores particulares y servidores públicos por reconocimiento de la pensión de vejez posee unas nuevas notas distintivas, por cuanto el empleador no tiene la obligación de indagar al trabajador acerca de su deseo de seguir cotizando, ya que esta norma no estableció ese mandato de consulta. Por el contrario, aclaró que el retiro del trabajador por reconocimiento de la pensión de vejez revela una decisión discrecional del empleador; de ahí que pedir la opinión al trabajador sobre su deseo de permanecer en el cargo es un elemento inexistente en la regulación de la Ley 797.

En cuanto a la carga de la prueba en materia del despido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL284-2018 del 14 de febrero de 2018, Magistrada Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, con radicado No. 64004, indicó:

*“Sea lo primero señalar que tal y como lo ha reiterado esta Sala, al trabajador solo le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador, si es que anhela el éxito de su excepción, le corresponde acreditar que aquel incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente que ameriten su despido unilateral por justa causa.”*

Descendiendo al caso en concreto, con el material probatorio que consta en el informativo se tiene por acreditado: **1)** que la parte demandada “empleador” finalizó unilateralmente el contrato de trabajo mediante documento que reposa a folio 66 del plenario aduciendo para ello como justificación, grosso modo, que el ISS le reconoció pensión vejez al trabajador y fue incluido en nómina de pensionados para el pago de la respectiva mesada; **2)** que con Resolución 009761 del 18 de marzo de 2005 el ISS Seccional Cundinamarca vista a folio 46, le reconoció pensión por vejez al señor Julio César Quintero Latorre a partir del 1º de abril de 2005 en cuantía de \$5'087.743, cuyos valores reconocidos serían incluidos en nómina del mes de abril la cual se realiza a partir del mes de mayo de 2005; y **3)** que en la certificación expedida por COLPENSIONES que milita a 203 se hizo constar que al señor Julio César Quintero Latorre se le

reconoció pensión vejez con ingreso a nómina en abril de 2005; premisas de las que es fácil concluir que la parte demandada “empleador” finalizó discrecional y unilateralmente el contrato de trabajo bajo los presupuestos normativos que rigen la materia y, en este punto, se reitera, no le era necesario pedir la opinión al trabajador sobre su deseo de permanecer en el cargo, por constituir un elemento inexistente en la regulación de la Ley 797; en consecuencia, no procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa y se confirma en este punto la decisión de primera instancia.

Establecido lo anterior, la Sala procede a determinar si procede el pago de los aportes pensionales dejados de pagar junto con sus intereses, toda vez que el apelante continuo trabajando para la demandada hasta el día 31 de octubre de 2013, aportes dentro del periodo comprendido entre el 1° de abril de 2005 y el 31 de octubre de 2013.

A folios 122 del plenario se observa documento suscrito por el demandante dirigido a la Coordinadora del Área de Recursos Humanos de la empresa demandada, donde le solicita se ordene no descontar los aportes correspondientes a pensión, toda vez que ya cumplió las condiciones exigidas por el I.S.S. para el reconocimiento de su pensión, petición que encontró respaldo jurídico en el artículo 17 de la ley 100 de 1993 modificado por el artículo 4° de la ley 797 de 2003, en el que se estableció la obligatoriedad de las cotizaciones durante la vigencia de la relación laboral, es así como en lo pertinente reza el citado ordenamiento:

*“...ARTÍCULO 17. OBLIGATORIEDAD DE LAS COTIZACIONES. <Artículo modificado por el artículo 4 de la Ley 737 de 2033>. El nuevo texto es el siguiente: Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos, por prestación de servicios que aquellos devenguen.*

*La obligación de cotizar cesa en el momento en el que el afiliado **reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez** o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.*

*Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o al empleador en los dos regímenes. (Resaltado fuera de texto)*

Conforme a la citada normativa, la obligación de cotizar está necesariamente ligada a la capacidad de pago del afiliado; por tanto, el trabajador dependiente o independiente que reciba ingresos debe obligatoriamente efectuar aportes al sistema, no obstante, es de resaltar que la obligación de cotizar al Sistema General de Pensiones cesa por regla general cuando se han reunido los requisitos para pensión de vejez, sin

perjuicio de los aportes voluntarios que se decida efectuar, según señala el artículo citado.

Adicional a lo anterior, la obligación de cotizar a pensión varía si el afiliado manifiesta su deseo de no continuar cotizando, en la medida que la obligación para con el Sistema General de Pensiones ha finalizado o terminado, bajo tal perspectiva no estaría obligado a efectuar cotizaciones al mismo, aun cuando se encuentre vigente su relación laboral o el contrato de prestación de servicios, evento en el que tampoco el empleador estaría obligado a ello o el contratante a exigir el reporte correspondiente de pago.

Bajo tal entendido, dado que el demandante manifestó su deseo al empleador de no seguir cotizando al Sistema General de Pensiones, la Sala estima que la empresa demandada no vulneró los principios de solidaridad social y de financiamiento personal del demandante, máxime cuando el mismo viene recibiendo su mesada pensional (folio 203), motivo por el cual no procede el pago de los aportes a pensión.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia apelada conforme a lo expuesto en la parte motiva.

**Costas:** en esta instancia a cargo del demandante por la suma de \$200.000.00 de pesos. Se confirman las de primera instancia.

### **DECISIÓN**

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera De Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

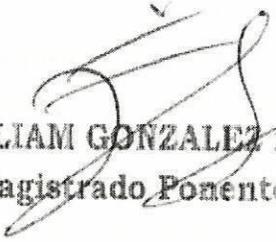
### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida el 09 de mayo de 2017, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario instaurado por **JULIO CESAR QUINTERO LATORRE**, hoy representado por sus sucesores procesales **JULIO ENRIQUE QUINTERO PEROZO y CESAR ENRIQUE QUINTERO LEVY** en contra de la **EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA** conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

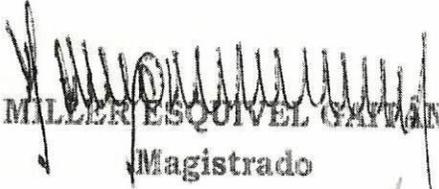
**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante y a favor de la demandada por la suma de \$200.000.00 de pesos. Se confirman las de primera instancia.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

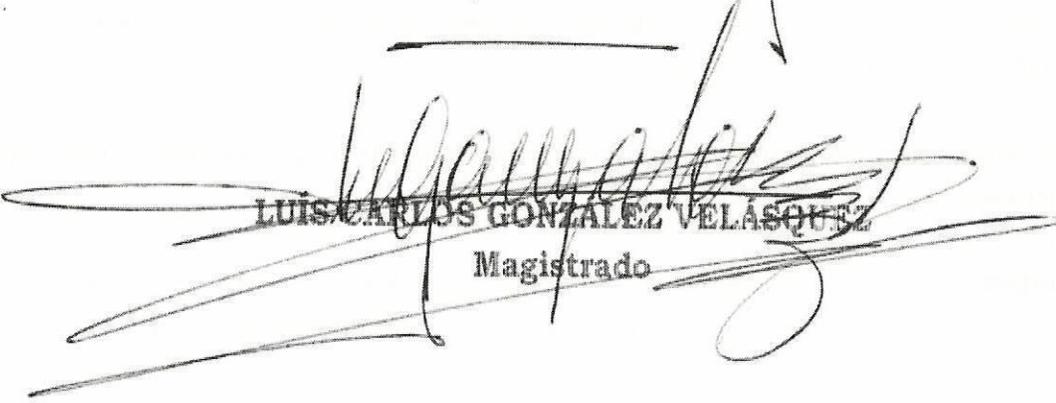
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA  
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYÁN  
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ  
Magistrado