



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202000005-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 04 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JEANET BORRAEZ PUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

JEANET BORRAEZ PUENTES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare que, al momento de su traslado al RAIS, no recibió la información necesaria; en consecuencia, dicho traslado es nulo y debe quedar sin efecto, por ineficaz; condenando a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin descuentos de ninguna especie, hasta que se produzca su retorno al RPM, debidamente indexados, con los intereses moratorios que hayan producido dichos dineros, sin derivar ningún derecho u obligación por gastos de

administración o de aportes a fondos de solidaridad, con los rendimientos que se hubieren causado, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.; que, se condene en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 29 de julio de 1963; que, cotizó al Instituto de Seguros Sociales, para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, desde el mes de abril de 1983, trasladándose de al RAIS, mediante afiliación que suscribió a la AFP PORVENIR S.A., sin que los vendedores comerciales de esa Administradora, le advirtieran las consecuencias, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, ocultándole que, no se le reconocería una pensión vitalicia, sino un retiro programado, diferido a 20 años de sus ahorros; que, se le descontaría el 32% de sus aportes, para gastos de administración y fondo de solidaridad; que, para acceder a la renta vitalicia, debía acumular en su cuenta un capital suficiente para financiarla, y que, con un IBL de \$3.875.000 mensuales, sólo obtendría una pensión mensual de \$811.240 (fls. 3-8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (CD fl.49).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (CD fl. 49).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de marzo de 2021, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., condenando a esa Sociedad, a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, como

cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1.746 del C.C., esto es, con sus rendimientos, 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; declarando, para efectos pensionales, a la demandante, afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, señala que, no es procedente de la declaratoria de ineficacia, en tanto que la norma prevé que para su declaratoria se debe considerar si existen actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, es decir, si hubo dolo, para impedir o atentar contra la libertad de afiliación, lo que supone la intención de causar daño, lo que no se alegó, ni acreditó en el presente caso; quedando plenamente demostrado que la demandante, suscribió el formulario de afiliación a esa AFP, en el año 2000, de manera libre y voluntaria; que, el formulario de afiliación, no es un simple documento, se trata de un documento que exigía la ley, para realizar el traslado de régimen pensional, siendo la suscripción o materialización de la información dada a la afiliada; reitera que, si hubo una asesoría, con una duración de 15 minutos, fue de manera individual, sin que, la demandante, extrajera mayor información, sólo que el ISS, se iba a acabar, lo cual ya era claro para ella; que, la actora, nunca se preocupó por su futuro pensional, no se acercó a las instalaciones de esa Administradora, a pedir información, ni utilizó ninguno de los canales de información que PORVENIR, tiene dispuesto para ello; que, la actora ha permanecido en el RAIS, por aproximadamente 21 años, permitiendo que se le efectuaran descuentos, lo que, a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, es la verificación de la voluntad del afiliado; que, la línea jurisprudencial citada por el a-quo, en relación con el deber de información, es refiere a afiliados amparados por el régimen de transición, por lo que, no hay una identidad fáctica con el presente caso; además, que, la demandante, está inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM, por encontrarse a 10 años o menos para cumplir la edad mínima para acceder al derecho pensional.

Finalmente, en cuanto a la devolución de los gastos de administración, señaló que, por ley, cuando procede la ineficacia o nulidad del traslado de régimen pensional, las sumas a retornar son los aportes y rendimientos,

pues, los gastos de administración no pertenecen al afiliado, no contribuyen para el pago de la pensión de vejez.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, el a-quo, no tuvo en cuenta en su decisión el principio de la relatividad jurídica, ya que, COLPENSIONES, es un tercero, ajeno al acto jurídico que se celebró entre la demandante y la AFP PORVENIR S.A., razón por la cual, las consecuencias de dicho contrato, no pueden favorecerla, ni perjudicarla; de que solicita que no se ordene recibirla, ni recocerle el derecho a la pensión de vejez, pues, se estaría afectando gravemente con dicha decisión, el equilibrio financiero del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y las reservas presupuestas que no incluyeron en su cálculo el derecho pensional que corresponde a la demandante, quien por demás, ya se encuentra dentro de las prohibiciones para retornar al RPM, en cualquier tiempo. Adicionalmente, solicita que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a pagar a COLPENSIONES los perjuicios causados por su incumplimiento en el deber de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita la confirmación de la sentencia ya que los fondos no lograron desvirtuar de manera fehaciente la afirmación realizada de no haber cumplido con el deber de información para que se hubiese tomado una decisión libre e informada sobre el régimen pensional.

Entre tanto, COLPENSIONES pide su absolución por cuanto el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E.

Por último, PORVENIR S.A. insiste en que se revoque el fallo al no acreditarse algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado para que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A; iii) si procede la orden de devolución de gastos administración por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iv) si el retorno de la demandante, al RPM, puede alterar el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, y, v) si procede ordenar a la AFP PORVENIR S.A., el pago da favor de COLPENSIONES de perjuicios por su incumplimiento al deber de información.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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 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, 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 el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, el escrito de reclamación administrativa presentado por la demandante, ante COLPENSIONES (fls. 11-13); historia laboral consolidada de la actora en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 14-27); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 28-31); certificación de afiliación de la señora JEANET BORRAEZ PUENTES a la AFP PORVENIR S.A.; formulario solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A, diligenciado el 22 de febrero de 2000; resumen de historia laboral para bono pensional; relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante; relación de aportes efectuados a la AFP PORVENIR S.A.; consulta SIAF (CD fl. 49).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1993, se encontraba cotizando con el Seguro Social, trabajaba en la Fundación Universidad Autónoma, año para el cual comenzaron a llegar las Administradoras privadas de pensiones a Colombia; que, luego, para el año 2000, asesores de distintas AFP realizaron visitas a la Universidad; que, a ella particularmente la visitaron en su oficina, fue una charla individual, la asesora de la AFP PORVENIR S.A., le dijo que el ISS se iba a acabar y debía cambiarse, porque de no hacerlo se quedarían sin pensión; que, ella le preguntó a la asesora, en qué condiciones se podría pensionar y le respondió que en las mismas que para ese entonces manejaba el Seguro Social, que simplemente como el Seguro se iba a acabar, esa Administradora, iba a coger a los afiliados y por eso acepto; que, en ningún momento le dijeron cuáles serían las reglas del juego, simplemente no cuando el Seguro Social se acabara pasarían a la AFP, fue algo muy breve; que, nunca le dijeron las condiciones, ni la forma en que se iba a pensionar; que, luego de la afiliación no tuvo ninguna asesoría de la AFP PORVENIR S.A., que sólo cuando cumplió 47 o 48 años, se acercó esa Administradora, y un asesor le explicó que ya no podía regresar al RPM; que, la asesora sólo le dijo que ellos se encargarían de tramitar el traslado con la Universidad y el traslado de su historia laboral con el Seguro Social; que, no ha realizado aportes voluntarios, ni tiene una proyección del valor de lo que sería la mesada pensional en COLPENSIONES, pero sabe que sería mejor que en la AFP PORVENIR S.A., porque allí le informaron que ni siquiera podría pensionarse con un salario mínimo legal mensual vigente, por lo que una aseguradora le pagaría el faltante para recibir el mínimo.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun

cuando estaba la AFP 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 a la señora JEANET BORRAEZ PUENTES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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. Aclarando igualmente la Sala, que, el conocimiento que de forma general manifestó tener la demandante acerca de las características del RAIS, no constituye una confesión en su contra, ni es plena prueba suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., ya que, como quedó demostrado, dicha AFP, no se le brindó a la actora, una asesoría personalizada, donde teniendo en cuenta sus condiciones particulares edad, semanas cotizadas, núcleo familiar, entre otras, se le explicara la conveniencia o no de efectuar el traslado del régimen pensional.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR 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 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 actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 22 de febrero de 2000, 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.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales. Siendo igualmente oportuno señalar, en este punto, que no se accederá a lo solicitado por la apoderada de la demandada COLPENSIONES, en cuanto a imponer a la AFP PORVENIR S.A., el pago de una indemnización por perjuicios, comoquiera que, tal pretensión no fue objeto de este litigio, y el Juez de Segunda Instancia, no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, ya que la parte demandada no puede ser condena por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).

Finalmente, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 04 de marzo de 2021, por el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JEANET BORRAEZ PUENTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

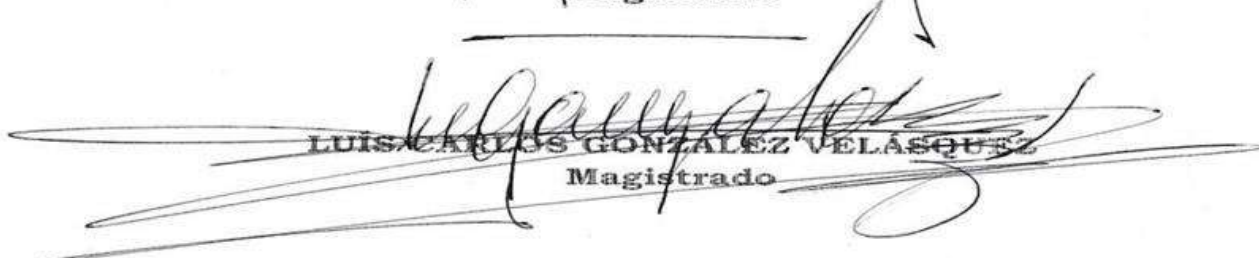
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105025201900006-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – pensión especial de vejez por hijo invalido – retroactivo pensional e intereses moratorios.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y la demandada, en contra de la sentencia proferida el 08 de julio de 2020, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MIGUEL CACERES MENDIVELSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

MIGUEL CACERES MENDIVELSO, promovió demanda ordinaria laboral contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, para que, se declare que cumple con los requisitos para acceder a la pensión especial por hija invalida; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de esa prestación, a partir del 08 de noviembre de 2017, junto con el retroactivo pensional debidamente indexado, los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 18 de mayo de 1963 y a la fecha de presentación de la demanda, tenía 55 años de edad; que, tiene cotizadas al Sistema General de Pensiones, 1.582,43 semanas; que, junto con la señora Gladys Rubio Zabala, procrearon a KAROL JOHANNA CÁCERES RUBIO, quien nació el 12 de mayo de 1994 y padece de hemiplejia infantil, retraso mental moderado, epilepsia y síndromes epilépticos sintomáticos, con ataques parciales desde su nacimiento.

Refirió que, es el encargado de sufragar todos los gastos personales y adelantar todas las gestiones necesarias para el cuidado y tratamiento médico de los diagnósticos que padece su hija, a quien el 12 de septiembre de 2017, a través del dictamen No. 2017234847NN, emitido por Medicina Laboral de COLPENSIONES, se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 67.79%, de origen común, estructurada el 12 de mayo de 1994.

Indicó que, la madre de KAROL JOHANNA CÁCERES RUBIO, tiene 60 años de edad, padece espondilitis cervical manguito rotador bilateral, epicondilitis mixta bilateral, síndrome del túnel carpiano y condromalacia de rotula bilateral, nunca ha cotizado, por lo que, también depende económicamente del actor; además, si bien la señora GLADYS RUBIO ZABALA, cuida de su hija, por su estado de salud, no puede contener los ataques epilépticos que presenta KAROL JOHANNA; que, el 08 de noviembre de 2017, le solicitó a COLPENSIONES, el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, derecho que le fue negado mediante resolución SUB290129 del 19 de diciembre de 2017 (fls. 2-9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **COLPENSIONES**, dio contestación con escrito visible a folios 72 a 77, en donde se opuso a todas las pretensiones; aceptó la mayoría de los hechos, indicando que, en el presente caso, no se demuestra el abandono total por parte de la compañera permanente del demandante, por ende, no se logra establecer que sea padre cabeza de familia y mucho menos que su compañera se encuentre en incapacidad física, sensorial y psíquica o ausente para cuidar a su hija invalida. Propuso 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 las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 08 de julio de 2020, el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró y condenó a COLPENSIONES a reconocer y cancelar al demandante, la pensión especial de vejez por hija invalida, prevista por el inciso segundo del parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, a partir de la fecha en que éste acredite su desvinculación laboral; acatado lo anterior, COLPENSIONES, deberá proceder a liquidar la pensión especial de vejez, en los términos y para los efectos indicados en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 10 de la Ley 797 de 2003, sin que pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente; declaró probada la excepción denominada, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria; absolvió a

COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **parte actora**, manifestó su inconformidad parcial, respecto al no pago del retroactivo pensional y los intereses moratorios, bajo los criterios expuestos por la Corte Constitucional, así como los principios de buena fe y confianza legítima, pues, el actor, radicó el 08 de noviembre de 2017 la solicitud de pensión especial de vejez por hijo discapacitado, cuando ya cumplía con todos los requisitos para ser beneficiario de dicha prestación, por lo tanto, para negarle el derecho, COLPENSIONES, le exigió requisitos adicionales a los previstos en la ley; que, el demandante, no podía desvincularse laboralmente, hasta tanto no le fuera reconocida la pensión deprecada, por ser el único que puede proveer alimentos y salud para su familia, por lo tanto, solicita que se ordene el retroactivo pensional y los intereses moratorios, bien sea desde la fecha de reclamación o a partir del vencimiento de los 4 meses que tenía COLPENSIONES para resolver acerca del reconocimiento de esa prestación.

COLPENSIONES, insistió en que no se probó un abandono total en el cuidado de la hija inválida, por parte de la compañera permanente del demandante, por ende, no se logró establecer que el demandante, sea padre cabeza de familia y mucho menos que su compañera se encuentre dentro de una incapacidad física, sensorial o psíquica, que conlleve su ausencia o la imposibilidad de cuidar a su hija; además, el demandante, trabaja y tiene un ingreso económico, de ahí que no se advierte la necesidad de la pensión reclamada.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, el demandante, insistió en el reconocimiento del retroactivo pensional y los intereses moratorios, ya que hasta el día de hoy COLPENSIONES no le ha reconocido la pensión de vejez al señor CACERES a pesar de tener derecho a ella, impidiendo que se retire de trabajar; además que, no ha dejado de cotizar, porque tiene que trabajar para sobrevivir y sostener a su familia.

Por su parte, COLPENSIONES indicó que, aunque el demandante cumple con el requisito de las semanas cotizadas y la invalidez de su hija, o se puede establecer abandono total por parte de la compañera permanente del demandante la señora Gladys Rubio Zabala; por ende, no se logra establecer que el demandante, sea padre cabeza de familia, y mucho menos que su

compañera se encuentre incapacitada física, sensorial y psíquicamente o ausente para cuidar del hijo inválido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación presentados por las partes, conforme a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, la Sala, deberá determinar i) si el demandante, debía acreditar que era el único responsable del cuidado de su descendiente, para ser beneficiario de la pensión especial de vejez por hijo inválido, reconocida por el a-quo; y, en caso afirmativo, ii) si procede el reconocimiento del retroactivo pensional, aunque el actor, no haya acreditado su retiro del empleo.

DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO INVÁLIDO

Insiste la parte demandada en su recurso, en que en el presente caso no se demostró que el actor, sea padre cabeza de familia, ni mucho menos que su compañera permanente, se encuentre en incapacidad física, psíquica o sensorial para cuidar a su hija inválida.

Al respecto, basta traer a colación lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia del 20 de octubre de 2021, con radicación 73440, respecto a la exigencia de que el progenitor a cargo del hijo inválido, tenga la calidad de padre o madre cabeza de familia, donde se indicó:

“... vale la pena memorar que, esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL17898-2016, reiterada en las CSJ SL1991-2019, CSJ SL3772-2019, CSJ SL2585-2020 así como recientemente en la providencia CSJ SL739-2021 sostuvo, que la pensión especial consagrada en la referida norma no exige que el progenitor a cargo del hijo inválido, deba tener la calidad de padre o madre cabeza de familia, toda vez que el inciso 2. ° del parágrafo 4. ° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no contiene esa exigencia.

Lo anterior, por cuanto la finalidad de la prestación especial de vejez bajo análisis, se concreta en que el padre o la madre pueda abstenerse de continuar laborando a fin de dedicarse al cuidado del hijo en condición de discapacidad y de esta manera propender por los intereses de este, quien resulta ser un sujeto de especial protección para Estado, sin que el afiliado vea sesgada su posibilidad de acceder a una pensión de vejez que le permita cumplir de manera digna con sus obligaciones familiares y alimentarias.

Luego entonces, resulta apenas obvio que el soporte económico requerido provenga de cualquiera de los progenitores, aún más cuando el inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, no puede tener el efecto de eliminar las obligaciones alimentarias que los padres tienen frente a los hijos establecidas legal y constitucionalmente.

Sobre dicha temática, vale la pena traer a colación lo dicho en la primera de las sentencias citadas, en la que la Sala adoctrinó:

Tal beneficio especial, se otorga con el fin de que la madre o el padre de un hijo con un grado alto de vulnerabilidad, pueda compensar mediante el cuidado personal sus insuficiencias y colaborarle en el proceso de rehabilitación. Así pues, esta prestación tiende a favorecer a las personas afectadas por una minusvalía, quienes dentro del sistema jurídico colombiano merecen una especial protección conforme lo ordenan las disposiciones constitucionales y lo imponen las obligaciones internacionales adquiridas por Colombia al suscribir tratados como la Convención Interamericana sobre los Discapacitados, aprobada mediante la Ley 762 de 2002.

En esa línea, para acceder a la prestación han de cumplirse tres condiciones:

1) que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez;

2) que el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada;

3) que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, según fuere el caso.

A su vez, la disposición establece como condición de permanencia dentro de este régimen especial de pensión de vejez:

1) que el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre, y

2) que el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.

(...)

En tal perspectiva, se tiene que con dicha prestación especial se busca relevar al padre o la madre, del esfuerzo diario de obtener ingresos para la subsistencia no solo de su hijo sino también la propia, pues al beneficiarse de tal prestación se asegura el flujo monetario que le posibilitará compensar con su cuidado personal las insuficiencias de este último.

Y es precisamente, en ese sentido que la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial constituye uno de los condicionamientos para acceder a la misma. Sin embargo, para la Sala, contrario a lo entendido por Tribunal, tal exigencia no puede ser equiparada al concepto de «madre cabeza de familia» que, conforme al punto 1.3 del artículo 1 del Decreto 190 de 2003, corresponde a: (...)

...Así pues, de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres....

En el contexto que antecede, es claro que el Tribunal incurrió en la vulneración de la ley endilgada cuando exigió que el recurrente demostrara « el requisito que consagra la norma de ser cabeza de familia de grupo familiar al momento de solicitar la pensión», pues contrario a lo señalado por el juez de apelaciones, tal y como quedó evidenciado, el presupuesto de la dependencia económica del hijo inválido frente al progenitor que solicita la pensión especial de vejez, no equivale al concepto de madre o padre cabeza de familia...”

Teniendo en cuenta lo anterior se equivoca COLPENSIONES, al insistir en que el demandante, debe acreditar su condición de padre cabeza de familia, para acceder a la pensión especial de vejez reclamada; máxime cuando en el proceso quedó demostrado que éste tiene cotizadas un total de 1.582,43 semanas (fls. 10-19); su hija KAROL JOHANNA CACERES RUBIO, fue calificada por esa Administradora, mediante dictamen 2017234847NN del 04 de septiembre de 2017, con una pérdida de capacidad laboral del 67.79%, estructura desde su nacimiento, el 12 de mayo de 1994 (fls. 21-26); y según declararon los testigos SALOMÓN CALDERÓN SANDOVAL y JHON JAVIER TREJOS TABARES, él es el único que aporta al hogar, pues, la señora GLADYS RUBIO ZABALA, madre de KAROL JOHANNA, se dedica al cuidado de su hija, no trabaja, ni recibe ningún ingreso, tiene problemas de osteoporosis y columna y por la estatura y contextura de la joven CACERES RUBIO, como siempre está sola con ella, se le dificulta mucho su cuidado; de donde se extrae que el actor, necesita el reconocimiento de la pensión especial de vejez pretendida, para dejar su trabajo, sin perder su ingreso económico y dedicarse a la atención de su hija en condición de discapacidad.

Así las cosas, se encuentra plenamente demostrado, el derecho que le asiste al demandante, respecto a la pensión especial deprecada, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada en este sentido,

DEL RETROACTIVO PENSIONAL Y LOS INTERESES MORATORIOS

Ahora bien, solicita la parte actora, que se reconozca el retroactivo pensional, bien sea desde la fecha de reclamación de la pensión especial de vejez por hija inválida o desde el vencimiento de los 4 meses con que contaba COLPENSIONES, para resolver dicha petición, ante la imposibilidad en la cual se encontraba el señor CACERES MENDIVELSO, de renunciar a su trabajo, por ser su salario, el único ingreso del núcleo familiar; además que, la demandada, no resolvió dentro del término legal, acerca del reconocimiento de derecho pensional deprecado, generándose a su favor el pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En cuanto al retroactivo pensional, cumple precisar que el disfrute de la pensión de vejez, por regla general se hace a partir de la desafiliación al sistema, atendiendo al mandato del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año y 35 ibidem, preceptos que se mantienen vigentes, al amparo de lo previsto en el artículo 31 de la Ley 100 de 1993, no obstante, jurisprudencialmente se tiene dicho que existen situaciones en las que resulta inane exigir el cumplimiento del requisito de la desafiliación, para entrar a percibir las mesadas pensionales; es así como, tras haberse causado el derecho, no será necesaria la desafiliación del trabajador del Sistema General de Pensiones, para reconocer la pensión desde su causación, cuando tras hacer cumplido los requisitos legales, es conminado por la Administradora de Pensiones, a seguir cotizando en virtud

de la conducta renuente de la entidad para reconocer el derecho o cuando deja de pagar sus cotizaciones, lo que refiere su intención inequívoca de desafiliarse del sistema (Sentencias SL5603 del 06 de abril de 2016, SL1302 del 3 de marzo de 2021, SL 2061 del 19 de mayo de 2021, entre otras).

Así las cosas, sin desconocer la situación particular del demandante y su familia, quienes sólo cuentan con el salario de éste para su congrua subsistencia, lo cierto es que, al no encontrarse en ninguna de las excepciones antes referidas, se hace necesario su retiro formal del sistema para el disfrute de la pensión reconocida. Igual suerte corre la pretensión de los intereses moratorios, más aún cuando la petición de reconocimiento de la pensión especial se realizó el 08 de noviembre de 2017 (fl. 29) y COLPENSIONES, dio respuesta negativa a la misma, mediante resolución SUB-290129 del 14 de diciembre de 2017, dentro del término establecido para ello.

Los anteriores argumentos conducen a la Sala a confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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 08 de julio de 2020, por el Juzgado Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **MIGUEL CACERES MENDIVELSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

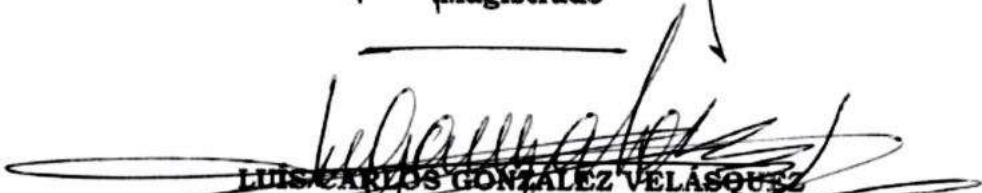
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante y la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a cargo del demandante y de \$1.000.000 a cargo de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAYTAN
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. 110013105026202000015-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FORTUNATO RUÍZ VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Paula Huertas Borda, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y tarjeta profesional 369.744 del C.S.J., como apoderada de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Fortunato Ruíz Vargas pretende que declare que fue inducido a error por Porvenir S.A. con el fin de efectuar el traslado de régimen pensional; que

se declare que es nulo el formulario de afiliación al sistema de pensiones administrado por Porvenir S.A.; que se declare que es nulo el traslado del RPMMD al RAIS; que se declare que la afiliación vigentes al sistema pensional fue la suscrita con el ISS, hoy Colpensiones, ordenando a Porvenir S.A. a trasladar los aportes realizados a Colpensiones, ordenando a esta última a aceptar, recibir y actualizar todas las bases de datos, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que para el día 21 de agosto de 1997, suscribió formulario de afiliación al RAIS, a través de un asesor, quien le manifestó que el ISS se acabaría, y que la única forma de salvaguardar sus aportes a pensión, era vinculándose a dicha AFP, sin que hubiese sido posible interactuar con los asesores por mas de cinco minutos, ni leer el formulario de afiliación.

Refiere que al solicitar una proyección pensional a Porvenir S.A., le manifestaron que su pensión sería de \$790.000.

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 totalidad manifestaron no ser ciertos o no constarle.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de octubre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por el demandante Fortunato Ruíz Vargas al RAIS; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas, y condenar en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando se revoque la misma, en cuanto a las condenas impuestas, en la medida que la entidad si cumplió con el deber de información que le asistía, aduciendo que el despacho realizó un análisis anacrónico de las obligaciones para dicha época, en el entendido de que se les está obligando a cumplir un deber de información en unos términos que no se encontraban vigentes, y surgen con posterioridad al acto de vinculación del demandante, pues únicamente tenían el deber de suministrar información que fuere veraz y suficiente, tal y como aconteció, aunado a que la selección del régimen pensional al cual se pretende estar afiliado, es una decisión libre y voluntaria.

Refiere la togada que en el Decreto 656 de 1994, se regulaban las obligaciones en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, pero no se hacía alusión al tipo de información que estas debían proporcionar, siendo claro que no se incumplió el deber de información que le asistía, pues el actor tenía un conocimiento del funcionamiento y características del RAIS, y se benefició del mismo más de 20 años, no habiendo lugar a la declaratoria de la ineficacia.

Considera que, en caso de confirmarse la decisión, no habría lugar a la devolución de gastos de administración, ya que estas sumas fueron descontadas a partir de lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, y se utilizaron para garantizar una buena gestión en la administración y los recursos del demandante, no obstante, retornarlos a Colpensiones, implicaría un enriquecimiento sin justa causa.

Por último, la apoderada solicita que se estudie la excepción de prescripción conforme los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., especialmente en lo que atañe los gastos de administración; y solicita la exoneración de condena en costas, al haber cumplido con el deber de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **PORVENIR S.A.** remitió alegatos de conclusión, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, al haberse cumplido a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros de las normas vigentes.

Adicionalmente, que en caso de acogerse la postura del a quo, no se realice condena sobre los gastos de administración, por cuanto dichas sumas

tienen una destinación específica por mandato legal, la cual fue cumplida plenamente por dicha AFP

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la actora, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La parte **ACTORA** indica que las demandadas erraron al no brindar al demandante de forma clara, precisa y concisa las consecuencias, beneficios y diferencias entre cada fondo, o sea, el saliente y el entrante, situación que no le permitió al demandante analizar con claridad su futuro pensional.

Que no es razonable ni jurídicamente válido, imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, **ii)** Si Porvenir S.A. está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iii)** si hay lugar a declarar la prescripción, y **iv)** si hay lugar a la exoneración de costas a favor de Porvenir S.A.

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 o no una expectativa legítima 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, se observa a folio 77 formulario de afiliación a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy Porvenir S.A. diligenciado el 22 de agosto de 1997, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Asimismo, se recibió el interrogatorio de parte de la representante legal de Porvenir S.A., quien precisó que para la época se realizaban campañas de afiliación, y los asesores se dirigían a los diferentes lugares donde las personas podían laborar.

Igualmente se recibió interrogatorio por parte del señor Fortunato Ruíz Vargas, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se realizó su afiliación a Porvenir S.A., indicó que el 22 de agosto de 1997, se encontraba en la Secretaría de Educación con varios compañeros

tomando la posesión del cargo de celadores de la institución, cuando llegaron varios asesores, y les dijeron que se afiliaran por medio de un formulario que les entregaron, sin darles ninguna explicación, sino que el ISS se acabaría por ser entidad pública, por lo que ofrecerían mejores garantías pensionales, firmando ingenuamente el documento; que se les adujo que se pensionarían con unas semanas menos que en el ISS; que no pudo realizarse preguntas al asesor; que no se dirigió a la administradora del RPM para corroborar la información; que no leyó el formulario de afiliación detalladamente; que solicitó su retorno a Colpensiones, pero ellos le contestaron no poderse trasladar por estar a menos de 10 años de pensionarse; que ha recibido extractos por parte de Porvenir S.A.; que se siente inconforme con su futura pensión con la AFP, ya que lo liquidarían con el salario mínimo, aun cuando su salario es un poco mayor; que la asesoría demoró alrededor de 15 o 20 minutos; que no le hablaron de una pensión de garantía mínimo; que no sabía que los aportes que realizaba generarían rendimientos; que no le indicaron en la asesoría que necesitaba un capital mínimo para pensionarse; que no le dijeron que contaría con una cuenta de ahorro individual a su nombre.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al promotor de esta actuación 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 Fortunato Ruíz Vargas 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 Porvenir 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 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 22 de agosto de 1997 con efectividad el 01 de octubre de ese 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, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación del fondo demandado. En tal sentido 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 cubre 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 ibídem-.

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.”

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria o exoneración.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

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.

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 7 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida

por Fortunato Ruíz Vargas 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 motiva de esta providencia.

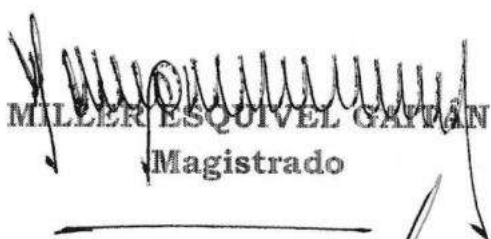
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE,

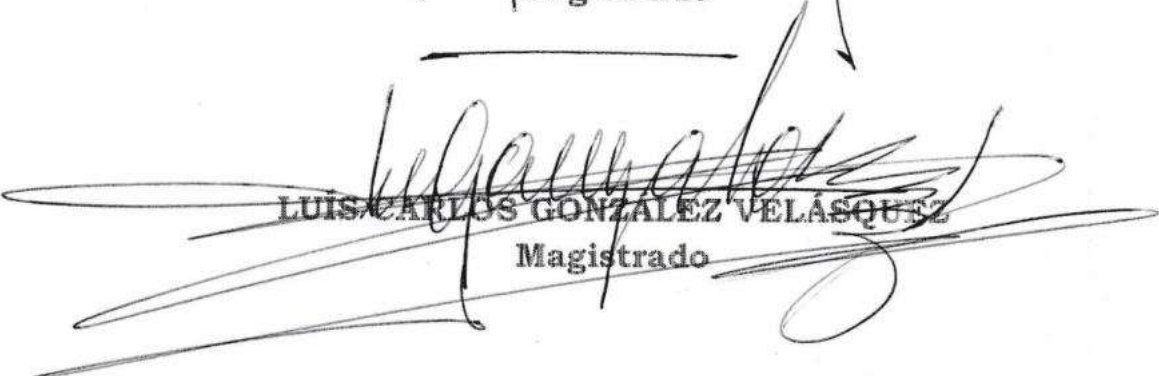
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYMAN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202000020-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALBA MIREYA BORJA LEAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Porvenir S.A a la doctora Jennifer Lorena Molina Mesa y como apoderado sustituto al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 147 a 152.

ANTECEDENTES

ALBA MIREYA BORJA LEAL, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se declare que fue engañada en su consentimiento y mal informada, por lo tanto, es nulo su traslado al RAIS, así como los distintos cambios de Administradoras, efectuados dentro del mismo; y, en

consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido por su afiliación, por concepto de aportes al riego de vejez, con todos sus frutos e intereses, desde la fecha en que se produjo el traslado y hasta que se produzca su reintegro efectivo al RPM; que, se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, asumir el deterioro sufrido por los dineros administrados, el cual no se hubiese generado, de no haberse producido el traslado cuya nulidad deprecia ; que se ordene a COLPENSIONES a recibir su afiliación y los recursos trasladados del RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, con las mismas consecuencias señaladas en las pretensiones principales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 28 de abril de 1964; que, se afilió al Instituto de Seguros Social y a CAPRECOM, desde el 24 de octubre de 1984 y hasta el 31 de mayo de 2000, cuando se trasladó al RAIS, por intermedio de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, sin que la asesora, de esa AFP, le informara, ilustrara, asesorada, con cálculos comparativos entre los dos regímenes pensionales, las características, condiciones, acceso, ventajas, desventajas del RAIS y del RPM, así como los riesgos y las consecuencias de su traslado, para tener una libertad informada.

Refiere que, en una reunión grupal, la asesora de COLFONDOS S.A., solamente les explicó que la rentabilidad de los aportes en el Fondo Privado, era mayor que en el ISS, donde obtenían 0% de intereses; sumado a que, el Seguro Social era una entidad pública que se acabaría, sin garantizarles el pago del derecho pensional; que, en el año 2011, decidió cambiarse a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., donde le ofrecieron mayor rentabilidad, por tener el respaldo del Banco BBVA, sin que tampoco, en esa oportunidad, le realizaran una proyección o simulación de su eventual mesada pensional, ni el comparativo entre uno y otro régimen, o le informaran las ventajas y desventajas del RAIS, para hacer una elección libre de Administradora de pensiones.

Indica que, el 14 de agosto de 2018, la AFP PORVENIR S.A., donde se indica que a la edad de 57 años, obtendría una mesada pensional equivalente a \$781.242, mientras que, en COLPENSIONES a esa misma edad, posiblemente le correspondería la suma de \$5.130.000; con lo cual se demuestra, que, con su traslado al RAIS, se le causó una grave afectación al mínimo vital para su vejez; que, reclamó ante las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS y el retorno al RPM, sin obtener respuesta favorable al respecto (fls. 2-16).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (fls. 107-125)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (CD fl. 129).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (CD fl. 129).

Por auto del 14 de agosto de 2020 (CD fl. 129); el Despacho de Primera Instancia ordenó la vinculación al proceso de la **NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – Oficina de Bonos Pensionales**, quien contestó la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, formulando las excepciones de inexistencia de la obligación, saneamiento de los vicios del consentimiento, anulación y buena fe (CD fl. 129).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, sí se le dio la información necesaria y suficiente, que era exigida en ese momento histórico, para los Fondos de Pensiones; y si en gracia de discusión se determinara que la efectivamente la actora no recibió la suficiente información para trasladarse de régimen pensional, debe tenerse en cuenta que la misma es beneficiaria de una

pensión de sobrevivientes, reconocida por la misma administradora PORVENIR S.A., donde tuvo que escoger la modalidad pensional, por lo que, no se trata de una persona ajena a temas pensionales; condenó en costas a la demandante y respecto a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dispuso que respondiera por el bono pensional a que tenga derecho la actora, en el momento respectivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación para que se revoque en su totalidad esa decisión y se acceda a las pretensiones de la demanda, argumentando que, la suscripción de los formularios de traslado al RAIS y cambio de administradora de pensiones, en dicho régimen, se dieron en los años 2000 y 2011, lo que nada tiene que ver, el fallecimiento del cónyuge de la actora, en el año 2013, sin que pueda conocer el RAIS, por el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, que se produjo con posterioridad al traslado a dicho régimen y al cambio de AFP; además que, no se encuentra probado dentro del expediente, que, al momento del traslado de la actora a COLFONDOS S.A., el asesor de esa Administradora, le haya elaborado una proyección del posible valor de su mesada pensional, siempre le dijeron que era mucho mejor el Fondo privado, lo que constituye un engaño, con la realidad que ahora debe afrontar; que, el hecho de ser contadora no la hace experta en temas pensionales y mucho menos en cálculos actuariales; pide analizar la totalidad de la prueba testimonial, y no solamente es apartes específicos utilizados para negar el derecho; que, las Administradoras, quienes tenían la carga, no demostraron dentro del proceso haber cumplido con su deber de información clara, concreta y menos aún probaron haberle realizado una proyección; que, no puede presumirse que la actora, es experta en regímenes pensionales, por firmar los formularios de afiliación, ni menos aún porque le hayan reconocido una pensión de sobrevivientes que en comienzo le canceló la AFP PORVENIR S.A, y luego una aseguradora, que ni siquiera la actora recuerda cuál y por qué; indica que, sólo porque le dijeron que obtendría una mayor rentabilidad en una y otra Administradora, no puede considerarse que las AFP demandadas cumplieron con el deber de información, pues, no le indicaron las características, ventajas y desventajas, ni cuadros comparativos, entre uno y otro régimen, tampoco antes de cumplir lo 47 años de edad, no le informaron que podía retornar al RPM; no está demostrado que tuviera un conocimiento pleno del RAIS, la actora, fue engañada con la promesa de una mejor pensión, que nunca le explicaron cómo obtendría y cuál sería su valor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicita que se revoque la sentencia de primera instancia y en su defecto declarar la nulidad o ineficacia del traslado del régimen pensional, como consecuencia de la declaración que se ordene a COLPENSIONES la continuidad de la demandante en esa administradora, además de ello que se ordene a porvenir y a Colfondos a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los aportes obligatorios a pensión, los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, por ultimo peticiona que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho que se generen del presente proceso.

Por último, PORVENIR S.A pide la confirmación del fallo por cuanto si de dicha ratificación se incurriría en gastos de administración los cuales tienen una destinación específica por mandato legal la cual fue cumplida plenamente por mi representad, de tal suerte que esas sumas ya fueron debidamente invertidas en forma exigida por la ley y ya no se encuentran ya bajo el poder de la entidad.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al absolver a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la actora, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo; y, si por el hecho de ser la actora, beneficiaria de una pensión de sobrevivientes reconocida por una de las AFP demandadas, se suple el deber de información de las Administradoras privadas de pensiones, dado el supuesto conocimiento de debió tener del RAIS, al momento del reconocimiento de dicho derecho pensional.

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 es libre, siendo que una vez hecha ésta, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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.**

En punto a lo argüido por la peticionaria, debe precisarse que esta presentó demanda ordinaria laboral en la cual, formuló la siguiente pretensión declarativa:

“Que se declare que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito entre la Señora MARÍA CRISTINA MUÑOZ ROJAS y el Fondo de Pensiones SKANDIA, pues tanto en la etapa pre-contractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.

Consecuente con lo anterior, pidió que, declarada la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene a la AFP SKANDIA al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES.”

De esta manera **es claro que la aspiración de la parte demandante, no estaba encaminada a que una vez declarada la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, pudiera entenderse «beneficiaria» del régimen de transición.**

Destáquese, además, que esa situación adquiere mayor relevancia constitucional si se tiene en cuenta que mediante sentencia de 15 de agosto de 2015, aunque el juzgado accedió a declarar la pretendida nulidad, también aclaró que «la demandante no cumple los presupuestos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», aspecto frente al cual la parte interesada, esto es, María Cristina Muñoz Rojas, estuvo conforme, pues no apeló tal determinación, circunstancias bajo las cuales resulta latente el error del Tribunal, pues fundó su decisión en un precedente de esta Sala que no se ajustaba al caso sometido a su consideración, lo que significó, en últimas, que no resolviera el conflicto jurídico materia de controversia.” (Negrilla fuera de texto)

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 la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia, sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente 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 estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente cuentan 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.

Al respecto, militan en el plenario, respuesta negativa de COLPENSIONES, a la reclamación administrativa presentada por la actora (fls. 17-19); formulario de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y Pensiones Obligatorias COLFONDOS, suscrito el 31 de mayo de 2000, con fecha de efectividad junio de 2000 (fl. 23); solicitud de vinculación o traslado a los Fondos de Pensiones obligatorias administrados por BBVA Horizonte, diligenciado el 02 de diciembre de 2011, con fecha para primer pago el 01 de marzo de 2012 (fl. 25); escrito de reclamación administrativa (fls. 26-28); respuesta de la AFP PORVENIR S.A. a la solicitud de traslado presentada por la demandante (fl. 29-30); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls.32-42); historia laboral consolidada de la actora en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 43-53); expediente administrativo de la demandante en COLPENSIONES (CD fl. 128); consulta SIAF (CD fl. 129); reporte de días acreditados en COLFONDOS S.A. (CD fl. 129); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (CD fl. 129); certificación de afiliación expedida por la AFP PORVENIR S.A. (CD fl. 129); historia laboral para bono pensional (CD fl. 129); comunicación del 13 de marzo de 2015 presentada por la actora ante la AFP PORVENIR S.A., autorizando la emisión de su bono pensional (CD fl. 129).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que, para la fecha de su traslado al RAIS, trabajaba en TELETOLIMA, donde todo se manejaba con CAPRECOM, y con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pasaron a COLPENSIONES antes el Seguro Social; afirma que, en le boom de la Ley 100 de 1993, a su lugar de trabajo, llegaron todos las

Administradoras privadas de pensiones, les dijeron que el ISS se iba a quebrar y sus afiliados no tenían garantías, que sus aportes allí no rendían, les dieron explicaciones poco claras, insistiendo todos los días, hasta que terminó firmando el formulario de afiliación a COLFONDOS; que, no recibió ninguna presión de sus superiores para cambiarse de régimen pensional, pero si tenía todos los días a los asesores ofreciéndole el traslado; que, cuando se afilió a COLFONDOS, ella vivía en la ciudad de Ibagué, luego se trasladó a Bogotá y en la nueva empresa donde trabajaba, un familiar de la contadora, que trabajaba en la AFP PORVENIR S.A., le dijo que COLFONDOS S.A., era la peor Administradora, desordenada, que no tenía respaldo y le aconsejó trasladarse a HORIZONTE, porque tenía el respaldo de un banco español, que allá tenían una mejor organización, entonces se pasó, para tampoco le explicaron qué era estas en un fondo privado y en un fondo público; que quedó viuda, en el año 2003 y a raíz de esa situación, se acercó a la AFP PORVENIR S.A., para preguntar por su pensión de vejez, y le informaron que el valor de la mesada pensional sería de un salario mínimo legal mensual vigente; que cuando se traslado a HORIZONTE se desempeñaba como coordinadora administrativa y financiera de la empresa Publigol, y además firmó como representante de Recursos Humanos, porque era una empresa muy pequeña y ella también estaba encargada de esa área; que su esposo falleció en el año 2003, y tuvo que contratar un abogado para que la AFP PORVENIR S.A., le reconociera la pensión de sobrevivientes, a ella y su hijo, la cual inicialmente se le cancelaba en su totalidad, pero que, cuando el joven cumplió los 18 años de edad, tuvo que firmar unos documentos para que le consignaran a él de manera independiente; que, esa pensión de sobrevivientes, inicialmente se la cancelaba la AFP PORVENIR S.A. y ahora Seguros Alfa, pero desconoce el motivo de dicho cambio, así como el supuesto cambio en la modalidad pensional, que según pregunta efectuada por la Juez de Primera Instancia, fue inicialmente en retiro programado y luego se cambia a renta vitalicia inmediata, como se advierte en consulta RUAF, elaborada por ese Despacho.

Adicionalmente, declararon en el proceso, la señora DARNELY ORTIZ CUERVO, compañera de trabajo de la demandante, en TELETOLIMA, indica que en una época había mucha expectativa entre los trabajadores de la empresa por saber a dónde trasladarían los aportes del bono pensional, debido al cierre de CAPRECOM, y tuvieron información del Sindicato, respecto a que tenían que elegir entre un Fondo privado o ISS hoy COLPENSIONES, y la Oficina de Recursos Humanos les pidió tomar esa decisión, para lo cual les dieron charlas con los representantes de las Administradoras de pensiones; que, la testigo no se trasladó porque pensó que era mejor quedarse con el Estado; que, el tema de las pensiones y los requisitos para acceder a ese derecho, en el ISS, era nuevo para los trabajadores de TELETOLIMA, porque siempre habían estado en CAPRECOM; no recuerda, si también recibieron la visita de un asesor del ISS, pero sí manifiesta que, si las personas no tomaban ninguna decisión

quedaba inscritas en el Seguro Social; que, COLFONDOS fue el que más los visitó y de los mas insistentes, les dijeron que el ISS manejaba una un fondo común, mientras que en la Administradora privada, manejaban una bolsa individual, que generaba rendimientos; que, si se afiliaban a la AFP les daban algo de merchandising; que, luego de las charlas grupales, las personas interesadas se podían quedar para ampliarle la información, que tomaban un ejemplo de salarios y le hacían una explicación con cálculos en las exposiciones; que, los asesores insistían en que el Seguro Social se iba a acabar y, que, siempre seria mejor trasladarse al Fondo privado.

LUZ MABEL BARRERA CELEMIN, también compañera de trabajo de la actora, en TELETOLIMA, era su asistente personal; informa que, la actora, se afilió a COLFONDOS, porque cuando se crearon los fondos privados y el Sindicato les aviso que CAPRECOM se iba a terminar, entonces tenían que decidir, porque si no elegían una Administradora privada, podían seguir con el Estado, que era mejor garantía; que la asesora de COLFONDOS hizo mucha fuerza para que la actora se afiliara a esa AFP, porque como tenia un buen sueldo, le iba a sacar más producto a ese dinero en un fondo privado que en un fondo del Estado, además que CAPRECOM y el Seguro Social se iba a acabar y no tendrían ningún respaldo; que siempre obtendría rentabilidad, mientras que en el Seguro Social no; que le mostraba cuadros comparativos, pero no era muy claro, ni específico para el caso de ella, sólo le insistía en que por su salario, como ella era subgerente financiera, lo que más le convenia era la administradora privada, porque no podía poner en juego sus recursos.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 ALBA MIREYA BORJA LEAL, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaria 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocrinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDO S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 31 de mayo de 2000, 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; sin que los posteriores cambios de Administradora, a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A, suscrito el 2 de diciembre de 2012 y con fecha de efectividad a partir de febrero de 2012, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la*

ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

Tampoco puede la Sala, aceptar como argumento válido para negar las pretensiones de esta acción, considerar que la actora, era conocedora de las características, ventajas, desventajas, beneficios y consecuencias de su afiliación al RAIS, por el hecho de ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, reconocida por la AFP PORVENIR S.A., en el año 2015, como consecuencia del fallecimiento de su cónyuge, pues, dicha circunstancia en momento alguno, puede relevar a las Administradoras demandadas del deber de suministrar información objetiva, necesaria y transparente, es decir, de dar a conocer al afiliado las características, ventajas y desventajas de estar en el régimen público o privado de pensiones; máxime cuando, el reconocimiento de dicho beneficio pensional, se produjo en el año 2015 y el traslado inicial de la actora al RAIS, se efectuó en el mes de mayo del año 2000 y su cambio de AFP, en diciembre de 2011, fechas para las cuales aún no era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes. Adicionalmente, debe recordarse, que, la demandante, claramente indicó al absolver interrogatorio de parte, que ella no conocía nada acerca del RAIS, y que, una vez fallecido su cónyuge tuvo que “poner abogado”, para que la AFP PORVENIR S.A., le reconociera a ella y su hijo esa pensión; que, inicialmente cuando el joven era menor de edad ella recibía la totalidad de la mesada pensional, y luego, al cumplir 18 años, tuvieron que firmar una serie de documentos para que les cancelaran el forma independiente; y que, lo único que sabía respecto al tema, era que inicialmente le canceló la AFP PORVENIR y ahora lo hace Seguros Alfa, sin que, en momento alguno, la demandante, haya confesado o aceptado, como lo supuso la Juez de Primer Grado, que la actora, era ampliamente conocedora del RAIS, al punto que, sabía las distintas modalidades de pensión, pues, dicho argumento, sólo fue expuesto por la a quo, por consulta que hizo ese Despacho en el RUAF, pero que mal puede atribuirse a la actora, para desconocer las pretensiones de esta acción.

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de Primera Instancia en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad del traslado que la demandante, hizo del Instituto de Seguro Social al fondo privado administrado por el régimen de ahorro individual con solidaridad, a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 31 de mayo de 2000, así como de su posterior cambio a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PORVENIR S.A., el 2 de diciembre de 2011, para en su lugar declararla.

Además, deberá condenarse a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante,

como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta Instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, teniendo en cuenta que las demandadas, propusieron la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, por lo cual no hay lugar a declararla probada.

Sin costas en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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: REVOCAR la sentencia proferida el día 24 de febrero de 2021 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **ALBA MIREYA BORJA LEAL** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A,** conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante ALBA MIREYA BORJA LEAL a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, el 31 de mayo de 2000, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES; así como del traslado horizontal que realizó a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PORVENIR S.A., el 02 de

diciembre de 2011, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, gastos de administración y comisiones y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201900045-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – Cálculo actuarial – reliquidación pensión de vejez.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RAFAEL RUIDÍAZ PONTÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.**

ANTECEDENTES

RAFAEL RUIDÍAZ PONTÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., para que, se declare que existió un contrato de trabajo con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., la cual, no realizó sus aportes a pensión, entre el 03 de febrero de 1989 y el 02 de diciembre de 1992; que, se condene a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez reconocida, teniendo en cuenta las semanas no cotizadas a pensión; que, se condene a COLPENSIONES a cancelar la diferencia entre las mesadas pensionales reconocidas y pagadas y las que hubiese percibido de haberse efectuado en debida forma las cotizaciones a pensión; que, se condene a COLPENSIONES a indexar la diferencias pensionales; que, se condene a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial de las cotizaciones no realizadas a pensión del 03 de febrero de 1989 al 02 de diciembre de 1992; que, se condena a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., a pagar a COLPENSIONES, la suma correspondiente al

cálculo actuarial; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 29 de diciembre de 1939; que, el 03 de febrero de 1989, suscribió contrato de trabajo con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., para ocupar el cargo de destajero; que, esa demandada, sólo lo afilió al Sistema General de Pensiones, el 03 de diciembre de 1992; que, su contrato de trabajo terminó el 03 de febrero de 2002; que, mediante resolución SUB215658 del 14 de febrero de 2018 COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez, a partir del 1 de septiembre de 2018, teniendo en cuenta 1313 semanas cotizadas y un IBL de \$1.464.906, al que le aplicó una tasa de reemplazo del 64.56%, obteniendo una mesada pensional de \$945.743, sin tener en cuenta el tiempo laborado por él en PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S, entre el 03 de febrero de 1989 y el 02 de diciembre de 1992 (fls. 26-28).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. y COLPENSIONES, dieron contestación oportuna, en los siguientes términos:

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos indicó no constarle o no ser ciertos en su mayoría, aclarando que, al inicio del contrato de trabajo con el actor, no existía cobertura del ISS, en el municipio de Puerto Wilches – Santander, donde el señor Ruidíaz Pontón, prestaba sus servicios, por tal razón, no era una obligación para esa Compañía, afiliarlo a pensión y pagar las cotizaciones por ese concepto. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, pago o compensación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe de la demandada, prescripción y la genérica (fls. 43-57).

COLPENSIONES, aceptó la mayoría de los hechos, se opuso a las pretensiones de reliquidación de la pensión de vejez y propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 97-101).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2020, el Juzgado dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a expedir el respectivo cálculo actuarial, por las cotizaciones dejadas de efectuar a favor del demandante, por PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., entre el 03 de febrero de 1989 y el 02 de diciembre de 1992, conforme a lo señalado en el párrafo primero del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en concordancia

con el Decreto 1887 de 1994 y observando como salarios base de cotizaciones los mínimos legales mensuales vigentes para dichos periodos; condenó a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., como empleador del demandante, a pagar el cálculo actuarial, a entera satisfacción de COLPENSIONES y en el término dispuesto por esa Administradora; condenó a COLPENSIONES, a reliquidar la pensión de vejez del actor, en el monto de \$1.034.223,64 como primera mesada, debiendo pagar a su favor los valores causados a partir de tal fecha, como las diferencias pensionales que resulten, junto con los reajustes legales anuales; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la decisión de Primera Instancia, el apoderado del demandante, interpuso recurso de apelación, en lo atinente al monto de la reliquidación de la mesada pensional, para que se haga en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en consecuencia, se le aplique lo previsto en el Decreto 758 de 1990, por cuanto con la sumatoria de las semanas cuyo pago se ordenó a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., es aplicable dicha normatividad; además que, se ordene la indexación de esas diferencias de conformidad con la pretensión quinta de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó su absolución, pues, esa Administradora, está supeditada al reconocimiento de la relación laboral pretendida por el actor con el empleador omiso, y sólo en caso de que resulte favorable dicha pretensión se emite el cálculo actuarial para que el empleador pague de acuerdo a la normativa y la jurisprudencia, y así poder tener en cuenta las semanas en que no hubo afiliación y proceder con la reliquidación de la pensión ya reconocida

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar si la reliquidación de la pensión de vejez ordenada con la inclusión de las semanas no cotizadas por el empleador PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., debe reconocerse en los términos del Acuerdo 049 de 1990.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE VEJEZ CONFORME AL ACUERDO 049 DE 1990

Refiere la parte actora en su recurso que, el Juez de Primera Instancia, debió ordenar la reliquidación de su pensión de vejez, conforme a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, comoquiera que, con la inclusión de las semanas no cotizadas oportunamente por su empleador, es beneficiario del régimen de transición y adquirió el derecho al reconocimiento pensional con la normatividad anterior.

Al respecto debe la Sala, señalar que, si bien en los fundamentos de la demanda, la parte actora, hizo alusión al régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que, ni dentro de los hechos ni en las pretensiones de la misma, el demandante, expuso su inconformidad con la normatividad aplicada por parte de COLPENSIONES, para el reconocimiento de su pensión de vejez; razón por la cual, mal podía el a-quo, haberse pronunciado al respecto, pues, conforme a lo señalado en el artículo 50 del CTPSS, el Juez, hará uso de las facultades ultra y extra petita, *“cuando **los hechos** que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados”*; y, se reitera, este aspecto no fue objeto del litigio y tampoco dicha pretensión puede ser examinada en esta Instancia, en atención al principio de congruencia, aunado a que las facultades antes referidas, se encuentran reservadas al Juez de Primer Grado, ya que la parte demandada, no puede ser condenada por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).

DE LA INDEXACIÓN DE LAS DIFERENCIAS PENSIONALES RECONOCIDAS

Advierte el demandante, que el Juez de Primera Instancia, no se pronunció respecto a la pretensión quinta de la demanda, relacionada con la indexación de la diferencia de las mesadas pensionales; por lo que, efectivamente al revisar la decisión impugnada, no se resolvió sobre la misma. Así las cosas, conforme a lo establecido en el inciso segundo del artículo 287 del CGP, por resultar procedente lo solicitado, se ordenará la indexación de las sumas adeudadas, tal como lo pretendió el accionante, por razón de la pérdida de poder adquisitivo de la moneda y el derecho de ésta de recibir el valor real de lo debido, diferencias pensionales que se deberán cancelar actualizadas a la fecha de su pago, con la aplicación de la siguiente fórmula: $VA = VH \times (IPCF/IPCI)$, en la cual el IPC inicial corresponde al vigente para el momento en que le correspondía cancelar cada mesada, y el IPC final al existente cuando efectivamente se sufrague lo adeudado. En consecuencia, se adicionará el numeral sexto a la sentencia apelada, condenando a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la indexación de las sumas adeudadas por las diferencias generadas y las que

se causen hasta el momento en el que se efectúe el pago efectivo de lo adeudado.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante.

Sin costas en esta instancia al haber resultado parcialmente favorable el recurso interpuesto. 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: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario de la referencia; y, en consecuencia, se dispone **CONDENAR** a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del demandante **RAFAEL RUIDIAZ PONTÓN** de la indexación de las sumas adeudadas por las diferencias generadas y las que se causen hasta el momento en el que se efectúe el pago efectivo de lo adeudado, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

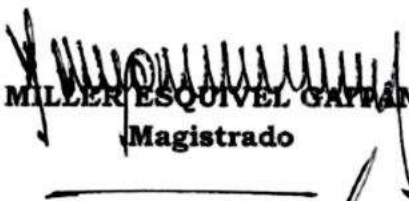
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

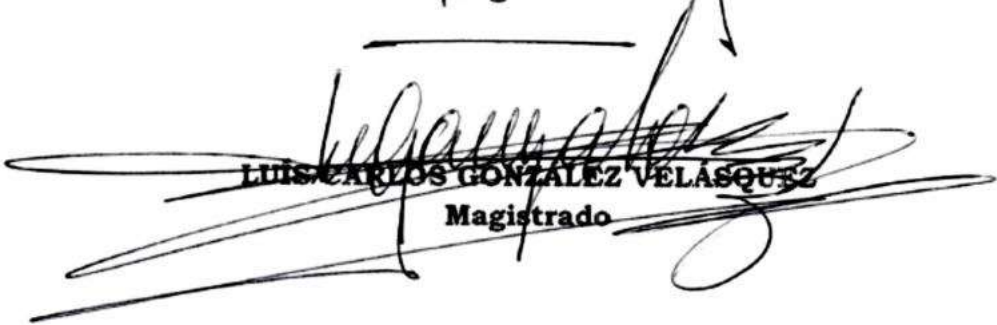
TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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. 110013105011201800045-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de PORVENIR S.A., COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de octubre de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUBY SANCHEZ ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Doctora MARIA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 6-8.

ANTECEDENTES

RUBY SANCHEZ ROJAS, pretende se declare: i) la nulidad de las vinculaciones al RAIS realizadas el 1° de noviembre de 1996 a PROTECCIÓN S.A y el 1° de abril de 1997 a PORVENIR S.A., por cuanto existió error de hecho que vició el consentimiento y, ii) que se encuentra

legalmente afiliada a COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A y a PORVENIR S.A a registrar en sus sistemas de información que no efectuó ninguna vinculación válida por la indebida información suministrada al momento de la afiliación que causó vicio en su consentimiento; que se condene a COLPENSIONES a registrar y activar su afiliación así como a actualizar en la historia laboral las cotizaciones efectuadas al RAIS; se condene a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, comisiones, bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorros; lo que resulte ultra y extra petita; pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 7 de julio de 1967; cotizó al ISS desde el 17 de febrero de 1998 hasta el 31 de marzo de 1995 tal como consta en su historia laboral expedida por COLPENSIONES; se trasladó el 1° de noviembre de 1996 a PROTECCIÓN S.A; en el momento del traslado no le informó sobre las implicaciones de trasladarse de régimen; ni sobre las desventajas de afiliarse al RAIS; tampoco sobre los distintos escenarios comparativos entre ambos regímenes, entre otros aspectos; se trasladó a PORVENIR S.A el 7 de abril de 1997, quien no le informó la naturaleza propia de este régimen de capitalización, ni las ventajas de quedarse en el RPMPD, entre otros aspectos; durante la permanencia en el RAIS nunca recibió asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional, razón por la cual ha elevado solicitud de anulación de la afiliación a las demandadas siéndole negadas; a la fecha contaba con 1256 semanas cotizadas. (Fls2-26)

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, su historia laboral, el tiempo que cotizó al ISS, su afiliación a cada una de ellas, sus solicitudes elevadas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A con sus respectivas respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 90-109)

PROTECCIÓN S.A: propuso las siguientes excepciones: inexistencia de la causal de nulidad de la afiliación, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación de la AFP, buena fe por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A, prescripción y la genérica. (Fls 139-145)

PORVENIR S.A propuso la excepción que denominó como la genérica (fls 153- 154)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de octubre de 2021, el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió: declarar la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por el ISS al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A; ordenó a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses, y rendimientos, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a PROTECCIÓN S.A y a PORVENIR S.A a reintegrar a COLPENSIONES de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados, incluidos gastos de administración, y primas de seguros; ordenó a PORVENIR S.A a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación en el SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia en el RAIS; ordenó a COLPENSIONES que acepte a la actora en el RPMPD, reactive su afiliación sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y condenó en costas a PROTECCION S.A y en favor de la demandante, fijando como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación conforme a los siguientes argumentos:

PROTECCIÓN S.A., para que se revoque de manera parcial el fallo proferido frente a la devolución de los gastos de administración, ya que este concepto es aquella comisión que cobran las AFP por administrar los dineros de los afiliados la cual está regulada en el art 20 de la ley 100 de 1993, descuento que se encuentra debidamente autorizado tanto para el RPMPD como para el RAIS y en ese entendido no tendría sentido, ya que si el efecto de la ineficacia es retrotraer las cosas a su estado original es procedente que se devuelvan los aportes de la cuenta de ahorro individual más sus rendimientos, pero no la comisión de administración que es

aquella que ha cobrado la AFP PROTECCIÓN S.A por la buena gestión que realizaba por gestionar los dineros, además son prestaciones ya acaecidas que se ven reflejadas en la buena administración de los dineros y en los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual los cuales ya fueron trasladados.

PORVENIR S.A., para que se revoque el ordinal tercero, también frente a la devolución de gastos de administración y primas de seguros, ya que los gastos de administración son descuentos mes a mes que con fundamento en el art 20 de la ley 100 de 1993 con la modificación del art 7 de la ley 797/2003, se generan en estos regímenes y en este caso no se evidencia ningún detrimento en su cuenta de ahorro individual pues en la misma se ha observado un incremento considerable lo cual es el fruto de la administración de PORVENIR S.A, y respecto de las primas de seguros ya fueron pagados a las aseguradoras por conceptos de seguros, los cuales se encuentran en manos de terceros, sumas pagadas con el objetivo de cubrir contingencias derivadas de la invalidez y muerte, estando amparada en estos años; asimismo se estaría generando un detrimento patrimonial a PORVENIR S.A y un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES; y por último, para que no se condene a PORVENIR S.A en costas por presentar este recurso.

COLPENSIONES: con el fin de que sea revocado el fallo dictado, como quiera que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en cada caso en concreto, los cuales difieren de los hechos del presente caso, pues el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima; asimismo no se probó vicio del consentimiento para que se declare dicha nulidad, cabe señalar que su traslado se hizo de forma libre, voluntaria y sin presiones según lo estipulado en el art 3° literal b de la ley 100 de 1993 voluntad que ratificó con la suscripción en los diferentes formularios de afiliación al RAIS, no siendo procedente un eventual reconocimiento de pensión de vejez teniendo en cuenta que COLPENSIONES no conoce la situación actual de la promotora del proceso, y en todo caso, de confirmarse la decisión, se debe garantizar el reintegro total de los dineros que están en la cuenta de ahorro individual, y que no se le condene en costas por ser un tercero ajeno al acto jurídico.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia por cuanto la afiliada se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD debido a su edad, además que no acreditó vicios en el consentimiento, ni tampoco soportó la carga de la prueba que le asistía, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. Entre tanto, PROTECCIÓN S.A también peticonó la revocatoria ya que resulta totalmente improcedente la devolución de gastos de

administración al ser contraria a la ley 100 de 1993. Finalmente, la parte actora encuentra que el fallo se ajusta a derecho en cuanto a que los fondos no aportaron las pruebas que demuestren el cumplimiento del deber de información al momento en que se suscribió el formulario.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas por causa de la afiliación realizada, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **vii)** si hay o no lugar a condenar al pago de las costas. 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 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 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 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 folio 38 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 1° de octubre de 1996, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al no haber consignado en dicho formulario todos los datos necesarios para suministrar la información adecuada a la actora, pues pese a diligenciar de forma inadecuada el formulario al marcar que era una vinculación inicial.

Page 3 of 4

PROTECCION S.A.
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.

PROTECCION S.A.
10 OCT 1996
RECIBIDO

RECIBIDO
UNICENTRO

38

FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIAS

5315

SOLICITUD DE VINCULACION

Bogota 01-10-96 No. 0445593
CIUDAD O NUMERARIO

VINCULACION SOCIAL ☒
TRASLADO AFP ☐
TRASLADO DE REGIMEN ☐

AFP ANTERIOR
ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR I.S.S.

INFORMACION DEL TRABAJADOR

NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIFICACION 39.751.420 TIPO X SEXO M FECHA DE NACIMIENTO 09/07/69 NACIONALIDAD Colombiana BRUTO X

PRIMER APELLIDO Sanchez SEGUNDO APELLIDO Rojas NOMBRES Rubi

DIRECCION DE RESIDENCIA Cra 151 # 115-35 Apto 102 CIUDAD O MUNICIPIO Bogota DEPARTAMENTO C/ma TELEFONO 6892342

DIRECCION DONDE LABORA Cra 39 # 165-15 CIUDAD O MUNICIPIO Bogota DEPARTAMENTO C/ma TELEFONO 6745311

ENVIO CORRESPONDENCIA X RESIDENCIA X CP CIRA X APTADO AEREO X NUMERO

TIPO DE TRABAJADOR
INDEPENDIENTE ☐
DEPENDIENTE ☒

HA COTIZADO MAS DE 180 SEMANAS EN L.E.S. Si CAJAS

CIUDAD (E.S.)

INFORMACION VINCULO LABORAL ACTUAL

EMPLEADOR
DOCUMENTO O CARATO ACTUAL Sanchez Aux. Contable SALARIO O INGRESO MENSUAL \$ 250.000 INTESAL NO

NUMERO DE IDENTIFICACION 39.751.420 E.C. VI E.E. VI APOYO O PAGO SOCIAL Banco Colteja

CIUDAD (E.S.)

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación de la demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PROTECCIÓN 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 RUBY SANCHEZ ROJAS 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 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 1° de octubre de 1996 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, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de

información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 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.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse 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 IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL 1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Costas de esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado del 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 día 21 de octubre de 2021 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por RUBY SANCHEZ ROJAS en contra de

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pág. 1022.

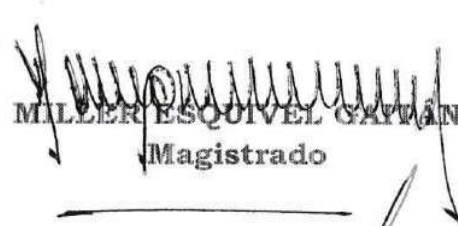
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

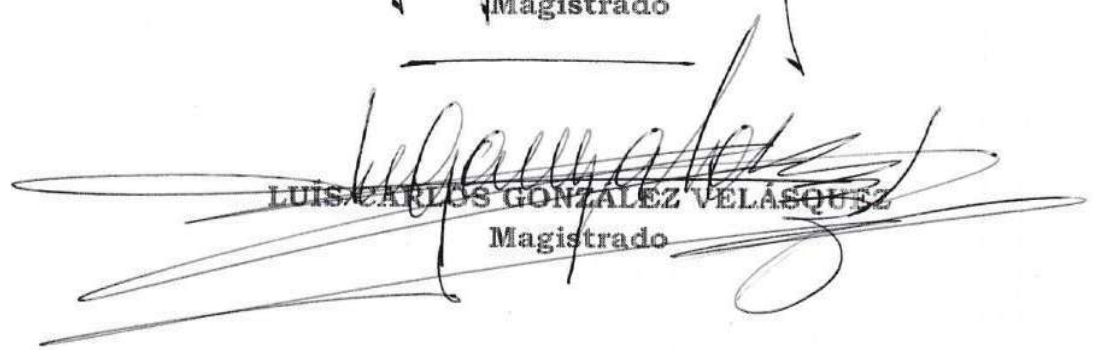
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201900047-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 14 de enero de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ADRIANA MARÍA OCHOA ECHEVERRI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y sustituir el poder conferido a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 219 vto al 221 vto.

ANTECEDENTES

ADRIANA MARÍA OCHOA ECHEVERRI, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se declare que su traslado al RAIS, es nulo o ineficaz, y por tanto no produjo efectos; en consecuencia, se declare como válida su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES, trasladando a esa Administradora, la información y dineros aportados; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 18 de junio de 1961; que, comenzó a cotizar en el ISS, el 14 de marzo de 1985 y, posteriormente, en CAJANAL, por sus servicios prestados al Estado, entre el 12 de enero de 1988 y el 14 de enero de 1996; que, en septiembre de 2000, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y luego, en marzo de 2004 se cambió a COLFONDOS S.A.

Indica que, ninguna de las AFP, a las cuales se afilió en RAIS, le brindaron una asesoría, que le permitiera evaluar las condiciones pensionales, pues, sólo recibió información favorable del RAIS; además, de la desaparición del Instituto de Seguros Sociales, que podría en riesgo los aportes allí efectuados; que, según proyección elaborada por COLFONDOS S.A, a la edad de 58 años, recibirá una mesada pensional equivalente a \$859.366, mientras que, en el RPM, la misma sería notablemente superior; que, reclamó ante las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo una respuesta negativa al respecto (fls. 56-68).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 107-116).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 125-144).

La **SOCIEDAD 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 las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 153-160).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de enero de 2021, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, que tuvo lugar el 18 de agosto de 2000, así como del cambio de Administradora, realizado a COLFONDOS S.A., el 26 de marzo de 2004; ordenando a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores que integran la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los intereses, réditos y demás emolumentos que integran la mencionada cuenta, y en general, toda suma que se haya recaudado con motivo de las cotizaciones al RAIS; condenó a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la señora ADRIANA MARÍA OCHOA ECHEVERRI, al RPM, declarando está como la únicamente válida; así como a recibir el saldo total de su cuenta de ahorro individual; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenando en costas a las demandadas (fls. 196-201).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, que la información que se le brindó a la actora, en el año 2000, fue totalmente completa, clara y comprensible, a la luz de la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios, sin embargo, la ineficacia declarada, es la contenida en el artículo 271 de dicha Ley, que habla de impedir o atentar, lo que supone un dolo que no se encuentra demostrado dentro del proceso; que, al formulario de afiliación no puede restársele valor probatorio, pues, cumple con los requisitos legales, y es prueba de la manifestación voluntaria de la demandante, para trasladarse de régimen pensional, así las cosas, mal podría sancionarse a esa Administradora, por cumplir con lo establecido en la ley; que, para la época de traslado de la demandante, no existía exigencia adicional al diligenciamiento del formulario de afiliación, para acreditar la información brindada al posible afiliado; y que, respecto a la elaboración de una proyección del valor de la mesadas pensionales, al momento del traslado, cuando a la actora, le hacían falta más de 20 o 25 años para adquirir el derecho pensional, hubiese sido un error; que, la actora, está inmersa en la prohibición para retornar al RPM, ya que, actualmente está a menos de 10 años para hacerse acreedora a la pensión de vejez, sin que sea admisible

escudarse en una supuesta falta de información, simplemente porque su plan de pensión, no llenó las aspiraciones en cuanto al valor de la mesada a recibir; que, esa Administradora, allegó todas las pruebas en su poder, para demostrar, que la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., cumplió con todos los requisitos de ley, quedando así demostrado en el interrogatorio de parte, absuelto por ésta, donde manifestó conocer las características propias del RAIS y del RPM (CD fl. 196).

COLPENSIONES, indicó que, para la fecha de traslado de la demandante al RAIS, no existía la obligación de dejar constancia de la información brindada en documentos diferentes al formulario de afiliación, y mal pueden solicitar requisitos adicionales a los que existían en aquel momento; que, sí quedó probada plenamente la información brindada en el año 2000 y el conocimiento de la actora, para dicha data, de uno y otro regimen pensional, pues, contaba con la información pertinente para tomar la decisión de trasladarse al RAIS; pide tener en cuenta precedente jurisprudencial donde se aclara que debe hacerse un análisis de la real voluntad del afiliado en permanecer o no en un determinado régimen, ya que, hacer traslados dentro del mismo RAIS, demuestra el conocimiento que tenía del mismo y se reafirma su intención de pertenecer a éste, sin intentar su retorno al RPM; que, no se advierte un daño a su derecho pensional, pues, la AFP, no le ha negado el derecho de la pensión de vejez; que, el traslado masivo de afiliados, del RAIS al RPM, solo por no cumplir con sus expectativas, puede afectar sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, debiendo prevalecer el intereses general; que, COLPENSIONES, no puede verse afectado por un acto jurídico del cual no hizo parte; solicita que, en caso de mantener la orden de ineficacia del traslado, se absuelva de costas y se adicione la sentencia, ordenando, no solo a COLFONDOS S.A., sino también a la AFP PORVENIR S.A., devolver los aportes, junto con los rendimientos, cuotas de administración, garantía de pensión mínima, seguros previsionales, con el objeto de no descapitalizar el régimen (CD fl. 196).

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, PORVENIR solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada

ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último la parte actora solicita que se confirme la decisión proferida por el A Quo ya que no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que PORVENIR entrego la información suficiente, al contrario en el interrogatorio quedó establecido que la reunión donde se vinculó al fondo fue de carácter colectivo no fue una atención personalizada, la afiliación no se realizó de manera libre y voluntaria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuesto por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si procede imponer a la AFP PORVENIR S.A., la orden de devolución de gastos administración; y, v) si procede la condena en costas y agencias en derecho impuesta a COLPENSIONES.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, que le corresponde a las Administradoras Privadas de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues deben 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 el presente caso, se aportaron como pruebas, extracto del fondo de pensiones obligatoria de la demandante, en COLFONDOS S.A., (fls. 28-33); historia laboral para reclamación de bono pensional (fl. 33); historia laboral de COLFONDOS S.A. (fls. 34-37); simulación del valor de la mesada pensional de la actora, elaborada por COLFONDOS S.A. (fl. 38); respuestas de COLFONDOS S.A. (fls. 39-42); formulario de solicitud de vinculación o traslado al fondo de Pensiones Obligatorias y Cesantías COLFONDOS, suscrito el 26 de marzo de 2004 (fl. 43 y 146); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y su respuesta negativa (fls. 44-46); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 47-49); certificaciones de información laboral, para bono pensional (fls. 50-53); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 117); formulario solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A. de fecha 18 de agosto de 2000 (fl. 161); consulta SIAF (fl. 162); certificación de afiliación y traslado de la AFP PORVENIR S.A. (fl. 165); relación historia de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A., (fls. 166-167); relación de aportes realizados por la actora a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 168).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio la demandante, quien indicó que, para el año 2000, trabajaba en la Secretaría de Hacienda Distrital, fue a su oficina una asesora comercial de la AFP PORVENIR S.A., quien lo solicitó hablar con ella, le ofreció el traslado del ISS al fondo privado, le dijo que iba a tener una mejor pensión, que, el Seguro Social iba a desaparecer y ellos le garantizaban una pensión más alta; que, ella le preguntó si en la AFP, le garantizarían como mínimo una pensión del 75% del valor de sus aportes realizados en los últimos 10 años laborales, a lo que le respondió que sería superior, porque, allí recibiría rendimientos y la pensión iba a ser más alta; que, la asesora diligenció el formulario y ella lo firmó; que, es abogada, pero no tenía un conocimiento muy amplio del tema pensional, sin embargo, sabía que la generalidad era pensionarse con el 75% del promedio de lo devengado en los últimos 10 años de trabajo, por eso le insistía a la asesora en ese tema; que, la asesora le dijo que el dinero de sus cotizaciones se negociaba y generaba unos aportes; que, la asesoría no duró más de 15 minutos, no le explicaron nada acerca de los aportes voluntarios, ni los requisitos para pensionarse en el ISS, simplemente le hablaba de los rendimientos; que, se cambió a COLFONDOS S.A., porque luego de la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., no volvió a tener ningún tipo de asesoría por parte de esa AFP, y nunca le informaron nada acerca de la actualización de su historia laboral, y ella cambió de trabajo, a la Defensoría del Espacio Público, donde un asesor de COLFONDOS S.A., le dijo que cambiara a esa Administradora, garantizándole que actualizaría su historia laboral, lo que tampoco hicieron, porque al cumplir la edad para pensionarse, se acercó a una oficina de COLFONDOS S.A., donde además de descubrir que no le habían actualizado toda su información, razón por la que tuvo que presentar una queja en la Superintendencia Financiera, también le indicaron que se pensionaría con un salario de \$800.000, sintiéndose totalmente engañada.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que 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 ADRIANA MARÍA OCHOA ECHEVERRI, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR 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 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 actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 18 de agosto de 2000, 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; sin que el posterior cambio de Administradora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del*

régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.

Ahora, en cuanto a la solicitud de adición de la sentencia, presentada por COLPENSIONES, para que también se ordené a la AFP PORVENIR S.A., restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, habrá de accederse a la misma, pues, como señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicación 78667:

“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre 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.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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”. (Negrilla fuera de texto).

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se relevén de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 14 de enero de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.** a restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el valor de los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, que descontó a la demandante **ADRIANA MARÍA OCHOA ECHEVERRI**, durante el tiempo que está permaneció afiliada a esa Administradora, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada.

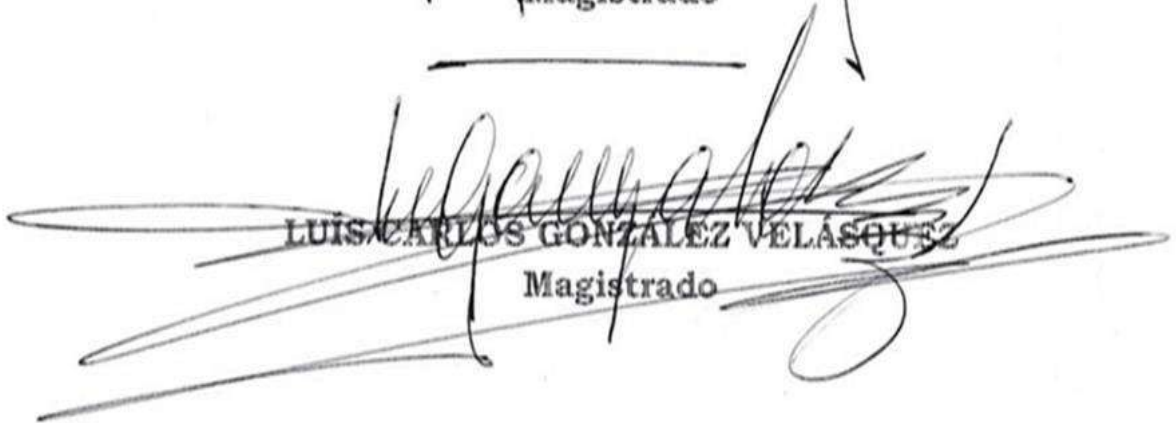
TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105015201900049-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de noviembre de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 347 vto a 349.

ANTECEDENTES

GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que, se declare que las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., la indujeron en error para trasladarse al RAIS, omitiendo suministrarle la información mínima requerida para comprender las implicaciones de dicho cambio, razón por la que, debe declararse que su afiliación inicial y los posteriores cambios de Administradora en dicho régimen, son nulos o ineficaces; en consecuencia, solicita que se condene a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que tiene en su cuenta de ahorro individual, como aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y los rendimientos, sin que se deduzcan costos de administración o de fondo de solidaridad alguno; que, se condene a COLPENSIONES a recibir dichos valores previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes, que actualice su historia laboral, para que se vean reflejadas la totalidad de semanas cotizadas; que, se condene a las demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria, solicita que, en caso de no acceder a sus pretensiones principales, se condene a PROTECCION S.A., a reconocer y pagar la pensión de vejez, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes, de acuerdo con el RPM.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de julio de 1955; que, se afilió y efectuó cotizaciones al ISS, a partir del 5 de mayo de 1981 y hasta el 16 de noviembre de 1991; posteriormente, y para los años 2001, 2003 y 2011, cuando se encontraba trabajando en el Hospital Tunjuelito E.S.E., asesores de las demandadas AFP PORVENIR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., acudieron a esa Institución, con el propósito de adelantar afiliaciones y traslado al RAIS; que, luego de recibir una asesoría deficiente, sesgada y motivada por las exigentes metas del área comercial, decidió trasladarse de régimen pensional, sin que se le brindara una información veraz, eficaz y sin la elaboración previa de un cálculo para determinar el valor de la mesada pensional en uno y otro régimen.

Indica que, las AFP demandadas, le informaron que podría disponer su dinero en cualquier momento, que, se podría pensionar con una mesada mejor que en el ISS; pero, no tuvo la oportunidad de comparar los beneficios que le ofrecían en el RAIS, frente al RPM, por lo que su traslado y posteriores cambios de Administradora de pensiones, son ineficaces por no haberse efectuado de manera libre, consciente, espontánea, voluntaria y suficientemente informada; que, solicitó a las demandadas, su afiliación y traslado al RPM, petición que fue resuelta de manera negativa.

Refiere que, a la fecha de presentación de la demanda, se encuentra afiliada a PROTECCION S.A., quien elaboró una proyección del valor de su posible mesada pensional, determinando que a los 63 años de edad ascendería a la

suma de \$2.118.618, mientras que, en el RPM a la edad de 64 años, equivaldría a \$4.798.281, existiendo una desproporción del 44%; desequilibrio económico que nunca le fue explicado (fls. 3-28).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y las demás que se encuentren probadas en el proceso (fls. 157-165).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al Fondo de Pensiones Obligatorias, administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 187-208).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 211-224).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de 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, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, improcedencia de condena en perjuicios y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa (fls. 251-265).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de noviembre de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante, al RAIS y los traslados horizontales realizados dentro del mismo régimen; en consecuencia, ordenó a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES reciba dichos recursos, reactive su afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, como su nunca se hubiese trasladado, especialmente, en cuanto a que el demandante; sin condena en costas para las demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, evaluados los elementos probatorios evacuados en el presente proceso, la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto no logró probar que cumplió con el deber de información; siendo que la única prueba que obra es el formulario de afiliación, que efectivamente suscribió la demandante, pero que tiene unos textos preimpresos, que dan cuenta de una presunta libertad de consentimiento, lo cual no es suficiente para demostrar que la AFP, cumplió con su deber legal de brindarle a la actora, información clara, suficiente y oportuna de las consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES peticiono que se revoque la decisión del fallo ya que al declarar la ineficacia de traslado del régimen del demandante se fundamentó en la falta del deber de información, además para la fecha de suscripción no existía la ley 1748 de 2014, este asunto ha permanecido en el RAIS por más de 24 años por lo que COLPENSIONES resulta lesionada con la decisión.

Finalmente, PORVENIR S.A. insiste en que se revoque el fallo al no acreditarse algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado para que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación de la actora, al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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 ellos, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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 el presente caso, al plenario se allegaron, senda respuestas dadas por COLFONDOS S.A., a peticiones de información elevadas por la actora (fls. 50-58); formulario de solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias COLFONDOS suscrito el 16 de diciembre de 2003 (fl. 52 y 210); historia laboral y extractos de COLFONDOS S.A. (fls. 59-79); derecho de petición presentado en PROTECCION S.A y su correspondiente respuesta (fls. 101-104); formulario solicitud de vinculación ING PENSIONES Y CESANTIAS del 19 de diciembre de 2011 (fl. 105 y 266); certificación de afiliación de la demandante a PROTECCION S.A. (fl.106); información historia laboral PROTECCION S.A. (fls. 107-110); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 166); certificación de afiliación y traslado de valores expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 225); formulario solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 31 de octubre de 2001 (fl. 226); comunicación del 31 de octubre de 2001 dirigida a la AFP PORVENIR S.A., suscrita por la demandante, ratificando su decisión de trasladarse a esa Administradora (fl 226 vuelto); formulario de solicitud de vinculación al fondo de pensiones voluntarias Global Fund Porvenir S.A. (fl 227); consulta SIAF (fl. 228 y 268); relación de aportes realizados a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 229-230); resumen de historia laboral para bono pensional (fl. 267); reporte estado de cuenta individual en PROTECCION S.A. (fls. 269-278); historia laboral en PROTECCION S.A. (fls. 280-285); respuesta derecho de petición y proyección valor de la mesada pensional de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 286-288).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien indicó que, según consta en el formulario de afiliación, la demandante, se vinculó a esa Administradora, en el año 2001, afiliación que se realizó en su lugar de trabajo, en el Hospital de Tunjuelito; que, para el año 2001, no era obligación entregar información a los posibles afiliados, de manera escrita, sin embargo, en el expediente administrativo, obra una carta, suscrita por la actora, donde ella manifestó conocer las condiciones y características de su traslado; que, para la época de afiliación de la actora, no existía la exigencia de realizar una proyección del posible valor de la mesada pensional, sin embargo, la actora, tampoco tenía un derecho consolidado que permitiría la elaboración de dicho cálculo; que, durante los años que la actora, estuvo afiliada a esa AFP, no recibió una reasesoría.

Por su parte, la demandante, informó que, para el año 2001, se encontraba trabajando en el Hospital de Tunjuelito, llegaron 2 asesores a la Oficina de Talento Humano, y de allí citaron a los trabajadores para una charla que les iba a dar la AFP PORVENIR S.A., reunieron aproximadamente 15 o 20 personas, les informaron que ellos tenía unas estrategias muy diferentes al

ISS, que iba a desaparecer, que, en la medida en que ellos captaran más afiliados, les garantizaban mejores posibilidades de pensión, porque los recursos iban a estar en un fondo de inversión a nivel nacional e internacional, generándoles mayor rentabilidad, que iba para las pensiones; que, le dijeron que el Seguro Social iba a desaparecer, comentario al que le dio credibilidad, porque por esa época se suspendieron las afiliaciones al ISS, que se podría pensionar anticipadamente y en el evento de no querer la pensión, le harían la devolución de aportes, que entre mayor salario devengaran, se pensionarían más rápido, sino que era anticipado; que, la reunión terminó, luego visitaron al personal directivo en cada una de sus oficinas, entonces una de las asesoras pasó a su oficina, insistiendo en que ellos ofrecían una buena pensión, por que iban a poner los aportes en un fondo de inversión; que, le preguntaron el salario que devengaba en esa época y le dieron un aproximado del valor de su mesada pensional, la cual resultaba bastante superior a la ISS, por lo que ella le preguntó a la asesora a qué se debía esa diferencia y le respondieron que por los rendimientos, porque ellos ponían a trabajar el dinero, cosa que no podía hacer el Seguro Social; que, la asesora de la AFP PORVENIR S.A., diligenció el formulario, con los datos que le iba preguntado, ella firmó ese y otros documentos que llevaba en una carpeta; que, se trasladó a COLFONDOS S.A., porque la AFP PORVENIR S.A., nunca la atendió, ni le brindó ninguna asesoría, pero al momento de hacer el cambio de Administradora, le dieron la misma información; que, tiempo después una persona conocida que trabajaba en COLFONDOS S.A., le recomendó que se saliera de esa AFP, porque no era la mejor, entonces ella intentó regresar al RPM, para ya tenía más de 47 años, interpuso una tutela, pero lo fue negada y un día mientras se encontraba en un comité de trabajo, se presentó la representante legal de ING, quien les ofreció a todos los presentes afiliarse a la Administradora, por ser la mejor y la que más rentabilidad obtenía en el mercado y por eso se cambió a ING hoy PROTECCION S.A.; que, decidió demandar luego de hablar con varios de sus compañeros, quienes le informaron que existía la posibilidad de retornar al RPM por vía judicial; que, ella hizo preguntas relacionadas con su bono pensional y la asesora de la AFP PORVENIR S.A., le dijo que ellos se encargaban del trámite.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP 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 a la señora GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR 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 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 actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 31 de octubre 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; sin que los posteriores cambios de Administradora, a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS e ING hoy

PROTECCION S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

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.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Sin costas en esta Instancia. 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 12 de noviembre de 2020, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **GLORIA EMPERATRIZ BARRERO CARRETERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y**

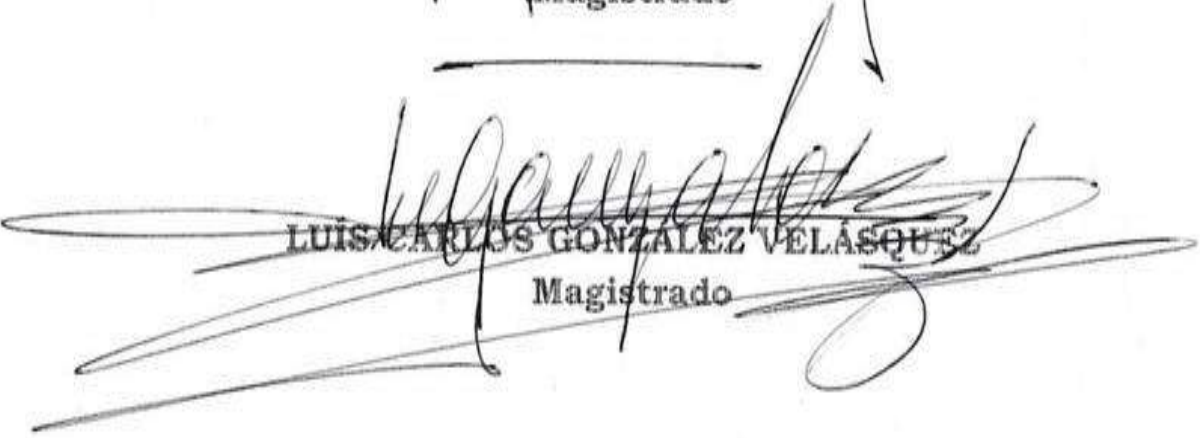
CESANTIAS y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105008201700064-02

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Nulidad del Dictamen de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JESÚS ANTONIO GALINDO RODRÍGUEZ** en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ** y la **ARP ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS** hoy **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**

ANTECEDENTES

JESÚS ANTONIO GALINDO RODRÍGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la ARP ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., para que, se declare que las patologías que lo aquejan son de origen laboral, por guardar estrecha relación con las actividades y factores de riesgo laborales a los que estuvo expuesto como trabajador de la Empresa DRUMMOND LIMITE; y, en consecuencia, se condene a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, a revocar el dictamen No. 3885 del 29 de marzo de 2011, en relación con el origen de sus patologías; que, se condene a la ARP ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS hoy ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., a pagar todas las prestaciones asistenciales y económicas a las que tiene derecho por los accidentes de trabajo y/o enfermedades laborales sufridos; que, se condene a las demandadas, a la reparación integral de daños y perjuicios, de índole material e inmaterial (extrapatrimonial) a él ocasionados; que, se conceda lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que ingresó a la laborar en la empresa DRUMMOND LIMITE, el 15 de febrero de 1996, en el cargo de operador de grúa marina; que, al inicio de su vida laboral, le realizaron exámenes médicos ocupacionales, sin que en ellos se reportara patologías de origen osteomuscular ni tendinosos; que, por la clase de labor desempeñada, ha sido sometido a factores de riesgo psicosociales con jornadas que sobrepasan el límite de ocho horas, turnos rotativos y carga exagerada de trabajo; además que, como quedó establecido en el análisis de puesto de trabajo, realizado por su empleador, estaba sometido a un factor de riesgo de gran importancia, como lo es la vibración, razón por la que recomendaban el adecuado mantenimiento de las grúas y la rotación de personal.

Indicó que, el 16 de mayo de 2007, se practicó una resonancia nuclear magnética de la columna cervical, donde se evidenciaron cambios por espondilodiscartrosis cervical difusa con ligera protrusión posterior de los discos lumbares intersomaticos C5-C6 y C6-C7; que, el 27 de octubre de 2007, en una nueva resonancia, con estudio de columna lumbar, también se le detectó protrusión discal de la base amplia L4-L5 y L3-L4 de predominio derecho, con cambios moderados espondiloartrosicos; que, el 5 de mayo de 2008, a través de otra resonancia nuclear de columna lumbar, se reportó protrusión discal de base ampliada L3-L4 y L4-L5, protrusión discal moderada posterior L5-S1, abombamiento global L2-L3, cambios por artrosis facetaria y por degeneración del núcleo pulposo en forma difusa.

Manifestó que, según electromiografía del 2 de febrero de 2009, reportó compromiso de motoneurona periférica compatibles con una neuropatía mielínica de ambos nervios medianos a nivel del canal del carpo, de grado leve a derecha y leve moderado a izquierda, negativo para radiculopatía cervical; que, el 14 de julio de 2009, se le realizó junta medica en el Instituto Del Corazón, en la ciudad de Santa Marta; que, el 18 de enero de 2011, se le realizó otra electromiografía, donde se reitera el compromiso de motoneurona periférica, con irritación de las raíces C6 y S1 izquierdas, sin déficit motor.

Refirió que, el 29 de marzo de 2011, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitió el dictamen No. 3885, dónde le determinó una pérdida de capacidad laboral del 55.3%, de origen común, por “1. *Otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral.* 2. *Síndrome del túnel del carpo.* 3. *Trastorno depresivo recurrente, episodio depresivo grave presente sin síntomas psicóticos.* 4. *Cambio perdurable de la personalidad emocionalmente inestable.* 5. *Trastorno de la personalidad emocionalmente inestable.* 6. *Asma predominantemente alérgico.* 7. *Hipertensión esencial.* 8. *Otros trastornos de nervio facial.* 9. *Hipoacusia neurosensorial.* 10. *Cardiomiopatía isquémica.* 11. *Fibromialgia*”. Que, reitera, el origen de sus patologías tiene estrecha relación con el tiempo y funciones desempeñadas al servicio de DRUMMOND LTD (fls. 3-11 y 100-111).

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, pues, el estado de invalidez del demandante, es de origen común, debido a que la mayoría de patologías que padece y las de mayor incidencia en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, son de ese mismo origen; frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con el dictamen de pérdida de capacidad laboral.

ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, carencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, pago, buena fe y la genérica (fls. 129-145).

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, propuso las excepciones denominadas legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez: aplicación de la sentencia C-425 de 2005 (calificación integral), prescripción / caducidad de la acción para controvertir el dictamen del 29 de marzo de 2011, falta de requisitos legales para formular solicitud de condena de carácter pecuniario, falta de legitimación por pasiva: inexistencia de la obligación e inexistencia de prueba frente al perjuicio que se pretende, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez – competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica (fls. 218-241).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de octubre de 2021, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra; declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido y legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de calificación, sin condena en costas para el demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término de Ley, la demandada ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., solicitó confirmar la sentencia de Primer Grado, por encontrarse ajustada a Derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previas las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que negó la modificación

del Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral elaborado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que calificó como de origen común la enfermedad que padece el demandante, para en su lugar establecer que es de origen profesional, y en caso afirmativo, si es procedente condenarla al pago de los daños y perjuicios ocasionados.

DEL DICTAMEN QUE CALIFICÓ LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DEMANDANTE

Con el fin de resolver las suplicas del actor, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, prevé que *“el estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.”*, precisando que en caso de que no se esté de acuerdo con la primera oportunidad de determinación de la pérdida de capacidad laboral y calificación del grado de *invalidez* y el origen de estas contingencias, dentro de los 10 días siguientes debe el interesado manifestar su inconformidad y luego de ello la entidad competente (COLPENSIONES-, las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP hoy ARL-, o las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de *invalidez* y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS) deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez* del orden regional dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de *Invalidez*, la cual decidirá en un término de 5 días. Indicando dicha norma que *“El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.”*

A su vez, el Decreto 2463 de 2001 *“por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”* en su artículo 9º, enseña que: *“Los dictámenes rendidos por estas Juntas constituyen el fundamento mediante el cual las respectivas entidades deciden sobre el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez; en consecuencia, para emitir los referidos dictámenes, las Juntas de Calificación deben realizar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina por medio de un examen físico y teniendo en cuenta todos los fundamentos de hecho que deben contener los dictámenes, es decir, la historia clínica (antecedentes y diagnóstico definitivo), reportes, valoraciones, exámenes médicos, evaluaciones técnicas y en general todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas.”*

Y el Decreto 917 de 1999 que modificó el Decreto 692 de 1995 *“Por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez”*, contempla en su artículo 1° que *“El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5° de la Ley 361/97.”*

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que habrá lugar a declarar la nulidad de un dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, sólo en el evento de que el mismo no atendiera a los presupuestos de fondo y forma contenidos tanto en las aludidas normas como en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, ello conforme lo enseñan los art. 1740 Y 1741 del CC¹

Entonces, aun cuando el señor JESÚS ANTONIO GALINDO RODRÍGUEZ, relató en los hechos de su demanda que, desde el 15 de febrero de 1996, se desempeñó como operador de grúa marina, al servicio de la Drummond LTD; y que, por su trabajo y funciones desempeñadas, presentó un deterioro en la columna vertebral, con la documental que milita a folio 61 a 65 y 172 a 183, contentiva del dictamen 3885 del 29 de marzo de 2011 se tiene plenamente acreditado que: **1)** el mismo fue elaborado, en cumplimiento de la sentencia T-092 del 15 de febrero de 2010, proferida por la Corte Constitucional, que le ordenó a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Magdalena, enviar todo la documentación y sustentación pertinente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez para que ésta realizara lo que le corresponde, profiriendo su dictamen sobre la pérdida de la capacidad laboral del señor Galindo Rodríguez; **2)** que en la valoración de la que se pretende la nulidad se tuvieron en cuenta, entre otros, los antecedentes médicos del demandante, desde el 19 de agosto de 1999, calificaciones anteriores efectuadas por la Junta Regional de Santa Marta y también por la misma Junta Nacional de calificación de Invalidez, los documentos aportados por el paciente y una valoración interdisciplinaria, médica y psicológica, practicada por la Junta Nacional el 24 de septiembre de 2010; y **3)** que fue conclusión de la Sala 2 de esa Junta que *“Se trata de una Pérdida de Capacidad Laboral de origen común, pues, la mayoría de sus patologías y las principales son de este origen, por lo tanto, son las que mayor peso tienen en el porcentaje final asignado. Ello no significa que se hayan modificado las patologías ya aceptadas como enfermedades profesionales, por lo que se aclara*

¹ ARTICULO 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. ARTICULO 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.”

que ellas continúan siendo profesionales (La enfermedad degenerativa lumbar y cervical y el síndrome del túnel del carpo)”.

Además, dentro del curso, se ordenó la nuevamente la valoración del demandante, por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ, pero por una Sala diferente, y, mediante dictamen No. 4707 del 11 de marzo de 2019, la Sala 4, ratificó la anterior valoración, indicando que *“En cuanto al **origen** de sus patologías encontramos que tiene reconocidas como enfermedades laborales por la Junta Nacional en actuación previa el síndrome del túnel del carpo bilateral, la lumbalgia crónica y la cervicalgia. No encontramos factores de riesgo asociados a sus demás patologías las cuales se consideran de origen común. No hay soporte de trabajo en minas de carbón en espacios confinados que evidencien factores de riesgo a este nivel y su patología mental es de origen común considerando su concomitancia con el cambio de personalidad que no se encuentra relacionada en la tabla de enfermedades laborales (1) como enfermedad laboral al ser ampliamente reconocida como enfermedad común en la literatura médica (...) Encontramos que en este caso se cumplen con los preceptos antes mencionados para calificar el origen integral de sus patologías como enfermedad común toda vez que la suma de la deficiencia por sus patologías calificadas como enfermedad común es mayor a la suma de las deficiencias por su patologías laborales aunado a que las patologías comunes aparecieron cronológicamente posterior a las primeras haciendo que el paciente supere el 50% de la pérdida de capacidad laboral adquiriendo la condición de invalidez”* (fls. 2-9 Cuaderno Dictamen).

Premisas de las que se puede colegir que el dictamen objeto de demanda, fue emitido atendiendo los lineamientos tanto de procedimiento como de fondo, por autoridad competente, quien basó su decisión en las pruebas aportadas tanto por el demandante, como por las demás partes vinculadas al proceso de calificación, por manera que no encuentra merito esta Sala, para anular la aludida experticia, máxime cuando fue nula la actividad probatoria desplegada en el curso de esta actuación dirigida a controvertirla, pues, ni siquiera se allegó un peritaje de otra autoridad experta, no pasando por tanto de ser meras manifestaciones carentes de soporte probatorio los reparos señalados por el actor, en su libelo introductorio, que imponen la confirmación de la sentencia de primera instancia, al no haber cumplido con la carga probatoria que le asistía prevista en el artículo 167 del CGP, esto es, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De tal modo, al haberse desatado desfavorablemente la solicitud de nulidad del dictamen la misma suerte corre la petición de perjuicios.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de primera instancia.

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

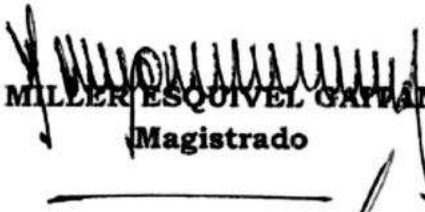
RESUELVE

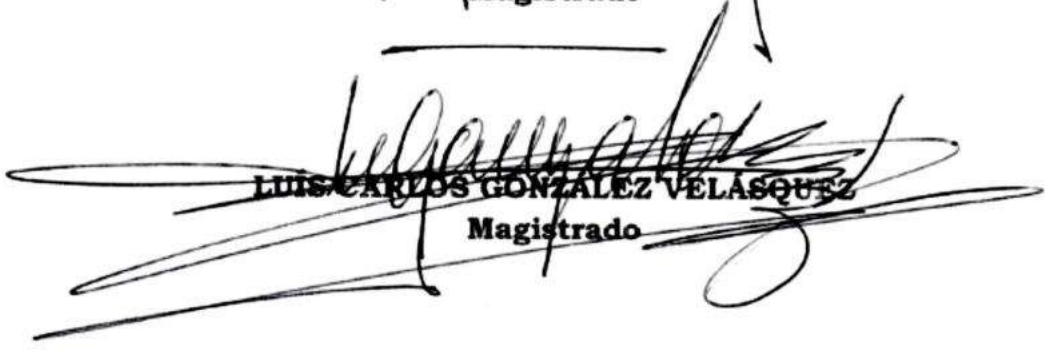
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 14 de octubre de 2021 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso Ordinario Laboral promovido por **JESÚS ANTONIO GALINDO RODRÍGUEZ** en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ** y la **ARP ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS** hoy **ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por no haberse causado, se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


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. 110013105024201900081-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de junio de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GINETTE HERMENCIA ACOSTA VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con la vinculación de **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

Ginette Hermencia Acosta Vargas pretende que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Colfondos S.A. efectuado el 1 de junio de 1994; que se declare que la afiliación válida al sistema general de pensiones fue la efectuada al ISS hoy Colpensiones; que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes realizados al RAIS, ordenando a esta última a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas; a lo ultra y extra petita, costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 9 de septiembre de 1960, contando con 58 años de edad al momento de radicarse la demanda; que cotizó en el ISS a partir del 6 de julio de 1981, trasladándose a Colfondos S.A. en el mes de mayo de 1994, sin que hubiese sido asesorada o informada de manera clara, completa, veraz, oportuna, suficiente y adecuada respecto a las diferencias entre uno y otro régimen.

Que pese a elevar solicitudes de nulidad de traslado ante Colfondos S.A. y Colpensiones, las mismas no han sido atendidas favorablemente.

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 Colpensiones y Colfondos S.A., en su mayoría manifestaron no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, y las peticiones elevadas, Colpensiones adicionalmente aceptó lo relacionado con la afiliación de la señora Ginette Acosta al ISS. Protección S.A. frente a los hechos indicó en su totalidad no constarle.

COLPENSIONES propuso las excepciones de fondo que denominó buena fe en las actuaciones de Colpensiones, el hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos jurídicos, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió declarar la ineficacia de la afiliación que efectuó la señora Ginette Hermencia Acosta Vargas a la AFP Colfondos S.A. el 3 de mayo de 1994; declarar que para todos los efectos legales, la demandante nunca se vinculó al RAIS; ordenar a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con los gastos de administración que se le hayan deducido por concepto de aportes; ordenar a Protección S.A. a devolver a Colpensiones lo que se le haya deducido a la demandante por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante; ordenar a Colpensiones a recibir a la señora Ginette Acosta como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de Colfondos S.A.; sin condena en costas; declarar no probada la excepción de prescripción, y en caso de no apelarse, conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de Protección S.A. y Colpensiones interponen recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** aduce que el recurso va dirigido únicamente frente a lo establecido en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, con relación a trasladar a Colpensiones los gastos de administración, considerando que es claro que la declaración de la ineficacia implica asumir que dicho traslado nunca existió, y que la demandante se mantuvo vinculada al RPMPD administrado por Colpensiones de manera ininterrumpida, por lo que la sentencia que se emita debe ser congruente con ese efecto de la inexistencia que se debe dar, por ello, “*propone*” dos panoramas, el primero, asumir que efectivamente la afiliación nunca existió y por ello no se causaron rendimientos, tampoco se hizo cobros adicionales por otros conceptos, habiendo lugar a trasladar a Colpensiones las cotizaciones íntegras sin haber descuento por concepto de gastos de administración ni seguro previsional, reiterando que como Protección no es la entidad administradora actual de la demandante, no habría dinero alguno para trasladar, pues la totalidad de los mismos fue dirigida a Colfondos S.A.; la segunda, es asumir igualmente que la afiliación la afiliación a Protección nunca existió, pero que los rendimientos se hubieren podido generar en los mismos términos del RPM, sin embargo,

debería tenerse en cuenta que por disposición legal Colpensiones también hubiera descontado lo correspondiente a los gastos de administración, y seguro previsional, desconociéndose la función administrativa que ejerció la AFP.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES refiere que se dio gran importancia a las manifestaciones de la demandante, respecto de que fue de una u otra manera obligada por su empleador, que pertenecía al grupo del fondo al cual fue afiliada, y que por esto ofertó su traslado, no obstante, refiere que en el interrogatorio que fue absuelto por la actora se logra determinar que si tenía conocimiento de las condiciones del RAIS, aun cuando no tuviera claridad respecto de los pormenores, si manifiesta haber leído el formulario; adicionalmente, que para el momento de la vinculación, las AFP cumplieron con las obligaciones que se les exigía, mas aun, cuando la señora Acosta realizó aportes voluntarios, sin que pudiera señalar que desconocía las condiciones de tal régimen.

Asimismo, que de confirmarse la sentencia, solicita se confirme la sentencia en lo concerniente a la devolución de todos y cada uno de los dineros que reposan en la cuenta de la actora, sin efectuar ningún tipo de descuento por administración ni dineros abonados a cuentas de fondos de garantías de pensión mínima, como quiera que Colpensiones es un tercero de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, por cuanto la actora no cumple con la densidad de semanas necesarias exigidas por la SU-062 de 2010 o la SU 130-2013 al 1 de abril de 1994 para poder trasladarse libremente entre regímenes, aunado, a la prohibición en la que se encuentra inmersa la actora señalada en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993.

Asimismo, la parte actora remitió alegatos de conclusión, solicitando la confirmación de la sentencia de primer grado, por cuanto no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que la AFP hubiese cumplido con su deber de información.

Protección S.A. y Colfondos S.A. guardaron silencio.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario de afiliación firmado por la demandante y el interrogatorio de parte por ella absuelto, fueron debidamente valorados determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, y **iii)** Si Protección S.A. está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 42 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, diligenciado el 3 de mayo de 1994; a folio 263 vto obra copia del formulario de vinculación a la AFP Santander diligenciado el 19 de julio de 2002, y a folio 193 el diligenciado el 22 de marzo de 2003, con Colfondos S.A. nuevamente, prueba que en principio es concreta en el sentido de que los traslados de realizaron de forma correcta.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte de la señora Ginette

Hermencia Acosta Vargas, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su primera vinculación a la AFP Colfondos S.A., indicó que se generó en el año 1994, ya que Colseguros era una de las accionistas de dicha AFP, por lo que reunieron a un grupo de trabajadores y les dijeron que debían trasladarse, ya que el ISS se acabaría, y que dicho fondo les ofrecería una buena mesada pensional y se pensionarían cuando quisieran; que en cierta forma, fue una orden de su empleador; que posteriormente se vinculó a Protección, y retornó nuevamente a Colfondos, en razón a que ingresaban vendedores ofreciendo vinculaciones, y les manifestaron que tendrían descuentos en comercios, y que al darse cuenta que esos descuentos no aplicaban, la misma persona que la afilió a Santander hoy Protección, le realizó el retorno a Colfondos S.A.; que no se ha acercado a ninguna oficina para que le amplíen la información sobre su traslado; que no se le indicó que sería heredable el dinero que tuviera en su cuenta; que no recuerda si se le indicó que su dinero tendría rendimientos; que desea retornar a Colpensiones, por cuanto al averiguar en Colfondos S.A., se dio cuenta que su pensión sería mínima; que varias veces insistió en retornar a Colpensiones, pero nunca la aceptaron, e inclusive, que lo realizó previo a encontrarse inmersa en la prohibición de retornar; que tiene conocimiento de que tiene una cuenta de ahorro individual, pero no claridad sobre como es su manejo; que realizó ahorros voluntarios; que no se ha pensionado.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaban las AFP, obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Ginette Hermencia Acosta Vargas 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 las demandadas enseñaron 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. el 3 de mayo 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 RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración a la cual accedió el juzgado de primera instancia, 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 acceder a este punto de apelación. En tal sentido 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 devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibídem-.

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.”

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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 25 de junio de 2021 por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá, promovido por Ginette Hermencia Acosta Vargas en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con la vinculación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

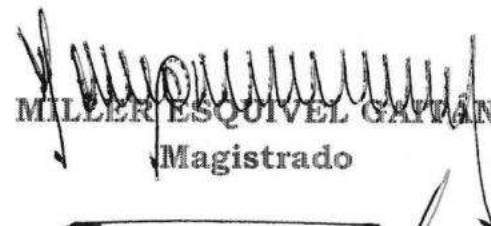
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Protección S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

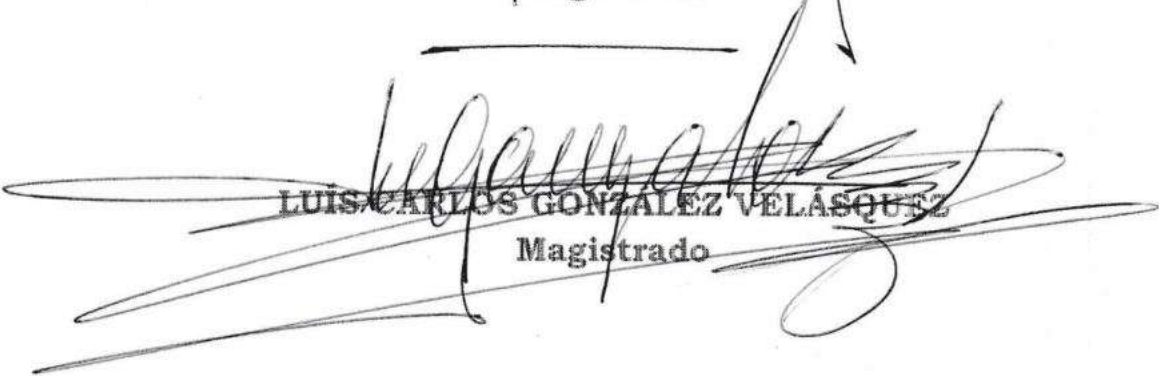
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYÁN
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. 110013105035202000086-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 los apoderados de la parte actora, COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA MARCELA GARCIA BOTERO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada MARIA CLAUDIA TOBITO MONTERO identificada con la C.C No. 1.022.390.667 de Btá y T. P No. 288.886 del CSJ como apoderada de COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido que milita a folios 8 y ss.

ANTECEDENTES

MARIA MARCELA GARCIA BOTERO, pretende que se declare la ineficacia o nulidad del traslado del RPMPD al RAIS y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido al ISS hoy COLPENSIONES advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado

al RAIS no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea; y como consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A a la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación considerando que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al RPMPD, recibir los aportes y rendimientos, asimismo a actualizar y corregir la historia laboral y ponerla a su disposición, se condene a PROTECCIÓN S.A al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y costas. Como pretensiones subsidiarias solicita que se declare inexistente el acto por medio del cual se trasladó del RPMPD al RAIS y que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD administrado actualmente por COLPENSIONES advirtiéndole que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos al no haberse realizado en forma libre y espontánea, solicita las mismas condenatorias principales.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 5 de mayo de 1961; estuvo afiliada al RPMPD administrado por el ISS desde el 1988; el 15 de julio de 1996 suscribió formulario de afiliación a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A; el asesor no le advirtió los riesgos que existían al trasladarse de régimen; ni le menciono que la pensión podría ser inferior a la del RPMPD; tampoco que no se podrá pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o que el capital no permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPMPD; ni sobre el derecho de retracto; entre otros aspectos; pero si le afirmo que al trasladarse al RAIS la condición pensional sería mucho más ventajosa, que el RPMPD desaparecería, que el monto de la pensión sería mejor; luego del traslado PROTECCIÓN S.A realizó la proyección pensional en donde menciona que en el RAIS la mesada pensional a los 59 años sería de \$1.109.854 y en el RPMPD a los 67 años sería de \$6.453.738; razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad ante las demandadas siéndole negadas. (PDF 1)

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, las solicitudes elevadas ante las demandadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para

regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (carpeta 6)

LA 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 Indevido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (PDF 7).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por MARÍA MARCELA GARCÍA BOTERO al RAIS con la AFP PROTECCIÓN S.A.; ordenó trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a las AFP PROTECCIÓN S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración conforme al tiempo que éste permaneció afiliada; condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse al RPMPD y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a PROTECCIÓN S.A.; condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., señalando como agencias en derecho a su cargo la suma de \$2.000.000, sin costas a cargo de COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de la parte demandante, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

PARTE DEMANDANTE, frente a la no condena en costas contra COLPENSIONES, pues esta entidad fue vencida en juicio y las pretensiones de la demanda fueron concedidas, siendo la condena en costas una de ellas debidamente controvertida por esta entidad que se opuso de manera activa, debiendo reconocerse como lo establece textualmente el art 365 del C.G.P, que especifica claramente que se condenara en costas a la parte vencida en juicio.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se revoque de manera integral la sentencia de primera instancia porque la demandante está inmersa en la prohibición legal de retornar al RPMPD, sin que acreditara los vicios del consentimiento, además que la nulidad no se alegó como lo menciona el art 1750 del Código Civil, norma que señala que el plazo para pedir la rescisión tendrá un término de 4 años, y como ella se trasladó en el año 1996, tenía hasta antes del 2000, siendo que ratificó su decisión de permanencia de manera expresa o tácita, por lo que saneó el presunto vicio del contrato. De otra parte, respecto al deber de información, la afiliada no estaba exonerada de concurrir a la AFP para indagar más sobre el tema de su pensión, sin que se deban exigir obligaciones que para el momento del traslado no existían, pues para la época el único requisito era la suscripción del formulario de afiliación.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, solicita que se revoque de manera parcial frente a trasladar a COLPENSIONES los gastos de administración, toda vez que son un descuento que se encuentra debidamente autorizado en el art 20 de la ley 100/93, el cual se realizó en su momento con la autorización normativa, tal como lo hace cualquier entidad financiera, a su vez, se hizo como contraprestación de una buena administración el cual se puede evidenciar en los buenos rendimientos financieros que generó su cuenta de ahorro individual, además que se trata de valores causados durante la administración de estos recursos del fondo de pensiones, y respecto al al cobro del 3% destinado por comisión de administración para financiar las primas de seguro previsional operó la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando con periodicidad que impone la ley y no financian directamente la prestación económica de vejez por lo que son conceptos que sí prescriben.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley.

Por su parte, PROTECCION pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo.

Finalmente la parte actora solicita la confirmación de la sentencia ya que los fondos no lograron desvirtuar de manera fehaciente la afirmación realizada de no haber cumplido con el deber de información para que se hubiese tomado una decisión libre e informada sobre el régimen pensional.

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)** 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 el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la demandante está incurso en la prohibición de retornar al RPMPD al haber efectuado la solicitud cuando le faltaba menos de 10 años para cumplir los 57 años, **iv)** si PROTECCIÓN S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como sumas adicionales por concepto de primas y gastos de administración, **v)** si COLPENSIONES está obligada al pago de las costas, 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).

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 22 PDF 7 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a COLMENA hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 15 de julio de 1996 con fecha de efectividad el 16 de julio de 1996, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (pág 58 PDF 7), con lo que queda en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario que era una vinculación inicial, cuando realmente se trató de un traslado de régimen.

(Page 1 of 2)



SOLICITUD DE VINCULACION
NIT. 800.229.255-8 243474

CIUDAD / DEPARTAMENTO
Santafé de Bogotá - C/marca

FECHA
15 07 96

VINCULACION INICIAL ☒

TRASPASO DE APP ☐

TRASPASO DE REGIMEN ☐

AFP ANTERIOR

ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR

1010243506

1010243506

INFORMACION DEL TRABAJADOR

NUMERO DOCUMENTO DE IDENTIDAD
51 600 204

1 TI ☒ 2 CG ☐ 3 CE ☐

FECHA DE NACIMIENTO
05 05 61

NACIONALIDAD
Colombiana

SEXO
☒ F ☐ M

PRIMER APELLIDO
GARCIA

SEGUNDO APELLIDO
BOTERO

PRIMER NOMBRE
MARIA

SEGUNDO NOMBRE
MARCELA

DIRECCION RESIDENCIA
K 11 # 69-89

CUIDAD O MUNICIPIO
Bogotá

DEPARTAMENTO
Cond.

TELEFONO
2120471

DIRECCION DE LUGAR DE TRABAJO
K 7m # 40-62

CUIDAD O MUNICIPIO
Bogotá

DEPARTAMENTO
Cond.

TELEFONO
3384548

DIRECCION ENVIO CORRESPONDENCIA

1 RESIDENCIA ☒ 2 LUGAR DONDE TRABAJA ☐ 3 APARTADO AEREO ☐

NUMERO

Omisión en la veracidad de la información que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación de la demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLMENA hoy PROTECCIÓN 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

8

señora MARIA MARCELA GARCIA BOTERO 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 adocinado 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 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 15 de julio de 1996 con fecha de efectividad del 16 de julio 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 error 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 cubre 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.”

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.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

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

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda.

(...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas¹.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlas de dicho rubro.”

Por lo expresado, toda vez que el A quo no condenó en costas a la parte recurrente pese a que la sentencia le fue favorable a sus intereses, es por lo que se revocará tal determinación y en su lugar se condenará tanto a COLPENSIONES como a PROTECCIÓN S.A de las costas causadas en primera instancia cuya tasación corresponde fijarla al Juez de Conocimiento.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de la PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. 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,

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el ordinal CUARTO de la sentencia proferida el día 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARIA CONSUELO HERRERA RODRIGUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, para en su lugar condenar en costas de primera instancia a las demandadas, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, las cuales deberán ser tasadas por el Juez de Conocimiento.

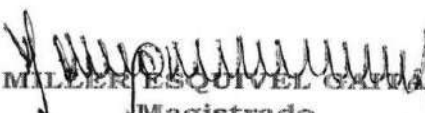
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

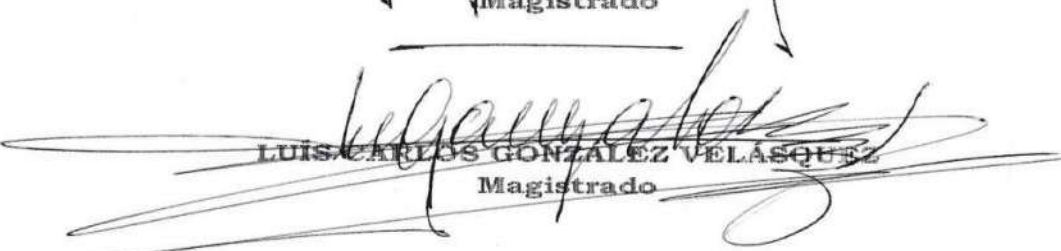
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A, Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201900096-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – pensión de sobrevivientes compañera permanente y cónyuge supérstite.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandado FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de abril de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ NÚÑEZ** en contra del **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** y **MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO**.

ANTECEDENTES

MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ NÚÑEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, para que, se ordene el reconocimiento y pago del 50% de la mesada pensional indexada, que devengaba el causante Ernesto Delgado Molina, a partir del 21 de enero de 2016, fecha de su deceso, junto con lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, en vida el señor ERNESTO DELGADO MOLINA, adquirió la calidad de pensionado de la extinta empresa FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, estatus reconocido mediante resolución 1247 del 27 de noviembre de 1990; que, el citado señor, contrajo matrimonio con MARÍA MARGARITA VELEZ DE DELGADO, en el año 1967 y mediante Escritura

Pública 991 del 10 de agosto de 1996 de la Notaria Única del Círculo de Mariquita - Tolima, liquidaron y disolvieron la sociedad conyugal.

Indicó que, igualmente mediante Escritura Pública No. 0677 del 14 de abril de 2011 de la Notaria Única del Círculo de Mariquita - Tolima, el causante acreditó y reconoció que tenía una unión marital con la actora, la cual perduró aproximadamente 30 años, inmediatamente anteriores a la fecha de su deceso, como consta en la resolución 1907 del 13 de octubre de 2016 y de la cual procrearon 4 hijos.

Refirió que, el señor Ernesto Delgado Molina, falleció el 20 de enero de 2016, por lo que ella se presentó ante la demandada, a reclamar el reconocimiento de la sustitución pensional; sin embargo, mediante la resolución 1907 del 13 de octubre de 2016, el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, le negó el derecho, hasta tanto la Justicia ordinaria, definiera a quién le corresponde el reconocimiento pensional, pues, la señora MARIA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, también había presentado solicitud en el mismo sentido. Que, sus dos hijas mujeres, son menores de edad y les fue reconocido el derecho al 50% de la pensión de sobrevivientes, habiendo agotado en debida forma la vía gubernativa (fls. 36-39).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma el demandado **FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA**, mediante escrito visible a folios 47 a 55, dio contestación en término, no aceptó ni se opuso a las pretensiones, ya que, no es del resorte legal de esa Entidad, establecer hechos jurídicos concernientes a la convivencia del causante y las peticionarias del derecho; frente a los hechos aceptó su totalidad; propuso las excepciones de prescripción, buena fe y confianza legítima, presunción de legalidad y la genérica.

Por auto del 12 de junio de 2019, se tuvo por no contestada la demanda por parte de la señora MARÍA MARGARITA VÉLEZ DELGADO, pues, compareció al proceso sin apoderado judicial (fl. 89).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de abril de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandante, tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes generada por la muerte del señor Ernesto Delgado Molina; condenó al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA a reconocer y pagar a la actora, el 50% de la mesada pensional del causante, a partir del 20 de enero de 2016, en cuantía de \$651.740 junto con los reajustes

anuales; condenó al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA al pago de \$51.866.270 por concepto de retroactivo causado entre el 20 de enero de 2016 y el 31 de marzo de 2021, teniendo como mesada pensional para el 2021 la suma de \$780.715; declaró no probadas las excepciones propuestas, sin condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión del Juez de Primera Instancia, al reconocerle a la demandante, en su condición de compañera permanente supérstite, el 50% de la pensión de sobrevivientes del causante Ernesto Guevara Molina.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL CAUSANTE Y LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No fue objeto de discusión en el plenario que Ferrocarriles Nacionales de Colombia, mediante resolución No. 1247 del 27 de noviembre de 1990, le reconoció al señor ERNESTO DELGADO MOLINA, pensión mensual vitalicia de jubilación, a partir del día en que se produjera su retiro de la Empresa. Tampoco que, el mencionado señor, falleció el 20 de enero de 2016 como da cuenta el registro civil de defunción que milita en el CD obrante a folio 88; lo que de suyo implica que el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos

años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

*En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. **Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante.** La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”* (Negrilla fuera de texto).

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”¹. Convivencia real y efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las

¹ CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

En el presente caso, solicita la demandante, la pensión de sobrevivientes por haber convivido con el causante Ernesto Delgado Molina, en calidad de compañera permanente, por aproximadamente 30 años, hasta su fallecimiento el 20 de enero de 2016; aclarando que éste, contrajo matrimonio con la señora MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, el 18 de marzo de 1967, pero mediante Escritura Pública 991 del 10 de agosto de 1996, acordaron la liquidación y disolución de su sociedad conyugal.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, la Escritura Pública 991 del 10 de agosto de 1996, por medio de la cual MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO y ERNESTO DELGADO MOLINA, de mutuo acuerdo, disolvieron y liquidaron la sociedad conyugal entre ellos existente, acordando que el fallecido, le reconocería a su cónyuge, una cuota alimentaria de \$100.000 mensuales, la cual se incrementaría anualmente (fls. 2-9); Escritura Pública 0677 del 14 de abril de 2011, de compraventa de un lote de terreno junto con la casa de habitación construida en él, acto en el cual intervinieron como compradores el causante Ernesto Delgado Molina y la actora MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ *“en unión marital de hecho conformada entre sí”*, junto con sus hijas Angela María y María Otilia Delgado Rodríguez (fls. 10-23).

También, se aportó la resolución 1907 del 13 octubre de 2016, por medio de la cual el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, suspendió el pago del 50% de la sustitución pensional del causante, pues, tanto la actora, como la demandada María Margarita Vélez de Delgado, comparecieron ante esa Entidad, a reclamar el derecho pensional (fls. 28-34); registros civiles de nacimiento de María Otilia y Angela María Delgado Rodríguez, hijas del pensionado fallecido y la actora, nacidas el 22 de septiembre de 2004 (fls. 20-21); declaración extraproceso de fecha 18 de febrero de 2016, rendida por los señores José Eulises Otalvaro Rogelis, Álvaro Valencia Iglesias, José Yecid Zuluaga, Hernando García Ospina, donde informaron que conocen a la actora, de vista, trato y comunicación desde hace 30 y 20 años, por ser amigos y vecinos, *“Por dicho conocimiento sabemos y nos consta que la señora MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ NUÑEZ convivía en Unión marital de hecho conformada con el señor quien en vida respondía al nombre de ERNESTO DELGADO MOLINA (...), a quien también conocimos. Que convivieron de forma permanente e ininterrumpida, bajo el mismo techo durante veintidós (22) años desde el año mil novecientos noventa y tres (1993) hasta el día de su fallecimiento por muerte natural, el día veinte (20) de enero del año dos mil dieciséis (2016) en la ciudad de Ibagué – Tolima”* (fls. 24-25).

También se aportó, expediente administrativo del causante, de donde se extraen, declaración extraproceso de la actora MARIA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ, del 22 de marzo de 2016, donde informó *“que conviví con el señor ERNESTO DELGADO MOLINA (q.e.p.d), quien se identificaba con la cédula*

número (...), fallecido el día 20 de enero de dos mil dieciséis (2016) de ininterrumpida (sic) como marido y mujer compartiendo techo, lecho y mesa, hasta el día de su fallecimiento antes mencionado, inclusive acompañándolo durante todo el tiempo de su enfermedad. SEXTO: = Durante nuestra convivencia mutuamente procreamos cuatro (4) hijos que son JOSÉ LÉIDER DELGADO RODRÍGUEZ de veinte (20) años de edad, JORGE ANDRÉS DELGADO RODRÍGUEZ de diecinueve (19) años de edad y las gemelas ÁNGELA MARÍA DELGADO RODRÍGUEZ Y MARÍA OTILIA DELGADO RODRÍGUEZ, de once (11) años de edad. SÉPTIMO:= Que la suscrita en mi condición antes mencionada, junto con nuestros hijos dependíamos económicamente del fallecido ERNESTO DELGADO MOLINA, en salud, techo, alimentación, estudio vestuario, y lecho, así mismo manifiesto que no disfruto de ninguna clase de pensión u otro recurso económico para la manutención propia y de mis hijos en mención”; factura de gastos funerarios cancelados por la demandante; registro civil de matrimonio, entre Ernesto Delgado Molina y María Margarita Vélez de Delgado, de fecha 18 de marzo de 1968; declaración extraproceso de la demandada MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, del 31 de marzo de 2016, donde señaló que “soy de estado civil casada con mi difunto esposo ERNESTO DELGADO MOLINA (...), con quien conviví durante veintisiete (27) años, comprendidos entre el año 1967 al año 2004, tiempo en el cual hicimos separación, pero mi difunto esposo continuó respondiendo por mi manutención hasta cuándo falleció. SEXTO:= igualmente manifiesto que del matrimonio entre la suscrita MARÍA MARGARITA y mi difunto esposo ERNESTO DELGADO MOLINA, procreamos cuatro (4) hijos, de los cuales tres (3) sobreviven, siendo todos mayores de edad y plenamente capaces”; declaración extraproceso de las señoras Hoizully Saldaña Mendoza y Trinidad Salazar Aguiar, quienes manifestaron conocer a MARIA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, por más de 40 años, y que, “Por dicho conocimiento que tenemos de la señora MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, sabemos y nos consta que su estado civil es casada, con sociedad conyugal disuelta y en estado de liquidación con su difunto esposo ERNESTO DELGADO MOLINA (...) con quien convivió durante veintisiete (27) años, comprendidos entre el año 1967 al año 2004, pero además sabemos que su difunto esposo continuó respondiendo por la manutención de la señora MARIA MARGARITA, hasta cuando falleció”.

Militan igualmente, los registros de nacimiento de los hijos de la actora y el fallecido, señores José Leider Delgado Rodríguez, nacido el 01 de octubre de 1995, José Andrés Delgado Rodríguez, nacido el 18 de febrero de 1997, Angela María y María Otilia Delgado Rodríguez, nacidas el 22 de septiembre de 2004; y, acta de audiencia pública de conciliación, celebrada ante el Juzgado Promiscuo de Familia de Honda – Tolima, dentro de un proceso de cesación de efectos civiles del matrimonio católico, donde MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO y ERNESTO DELGADO MOLINA, “manifiestan su voluntad de no divorciarse pero acuerdan que efectuarán la separación de bienes de mutuo acuerdo Notaría”.

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante informó que conoció al causante desde el año 1993, y que, comenzaron a convivir en ese mismo año;

que, vivían en el barrio El Dorado, en Mariquita; que, ella tuvo con el fallecido 4 hijos, pero también con la demandada MARIA MARGARITA VÉLEZ, tenía 4 hijos, pero uno falleció estando al servicio de la Policía; que, Ernesto Delgado Molina, no convivía con la señora Vélez, sino que siempre estaba con ella en su hogar; que, luego de pensionado, el causante, no trabajó en nada; que el Señor DELGADO MOLINA, se encontraba en una reunión de pensionados en Mariquita - Tolima, cuando le dio un infarto, porque se le taparon las arterias; que, para los gastos funerarios él pagaba un seguro que los cubrió; desconoce si el causante, visitaba a sus otros hijos y la demandada María Margarita Vélez; que, ella convivió con el señor Ernesto Delgado hasta la fecha de su fallecimiento, que, él era una persona despreocupada, por eso a los dos hijos mayores si los afilió al Sistema de Salud, pero a sus otras hijas no, ni a ella, porque eran beneficiarios del servicio del Sisben; que, primero vivieron en Bogotá y para el año 2000, se fueron a Mariquita; que, ella siempre se ha dedicado al hogar y la demandada María Margarita Vélez, recibe una pensión por la muerte de su hijo fallecido.

Así las cosas, analizado el material probatorio en todo su conjunto no cabe duda para la Sala, que, la demandante MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ, sostuvo una relación marital de hecho con el causante ERNESTO DELGADO MOLINA, pero no desde 1993, como ésta lo indicó al absolver interrogatorio de parte, pues, además de su dicho, no existe dentro del plenario, otro elemento probatorio que así permita establecerlo, razón por la cual, se tomará como extremo inicial de dicha relación el 11 de agosto de 1996, día siguiente a la liquidación y disolución de la sociedad conyugal del causante con su cónyuge, pues, aunque el primer hijo de la pareja DELGADO – RODRIGUEZ, nació el 01 de octubre de 1995, se advierte un lapso de convivencia simultanea entre compañera permanente y cónyuge, que deberá tomarse a favor de la esposa; y, el extremo final, será el 20 de enero de 2016, fecha de fallecimiento del pensionado, como se extrae de las declaraciones extraproceso allegadas, las que si bien no fueron ratificadas en el proceso, tienen plena validez como prueba documental al no haber sido tachadas, ni desconocidas por la parte demandada, además de la Escritura Pública de compraventa de un inmueble No. 677 de la Notaria Única de Mariquita, suscrita el 14 de abril de 2011, donde se advierte que para esa data MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ y ERNESTO DELGADO MOLINA, convivían en unión marital de hecho; lo que, permite concluir la convivencia de la actora, con el causante, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento.

Ahora, respecto a la demandada MARÍA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, es preciso señalar que, contrajo matrimonio por el rito católico con ERNESTO DELGADO MOLINA, el 18 de marzo de 1968; y, pese a haber declarado el 31 de marzo de 2016, ante la Notaria Única del Círculo de Mariquita – Tolima, que su convivencia con el fallecido perduró hasta 2004, lo cierto es que dicho extremo final de su relación no se encuentra probado, pero si que fue su voluntad, a partir del 10 de agosto de 1996, liquidar y disolver su sociedad conyugal, lo que de ninguna manera significa la

ruptura o terminación del vínculo matrimonial. En este sentido, ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia del 25 de abril de 2018, con radicación 45779, que:

“Por otra parte, la Corte ha clarificado que el referente que le permite al cónyuge separado de hecho o de cuerpos acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial. Por lo tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes en clave a la adquisición del derecho.

En efecto, la antinomia contenida en el literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, visible cuando en su inciso 2.º hace referencia a «sociedad anterior conyugal» y, en el tercero, a «unión conyugal», fue resuelta por la Corte a favor de la última a través de sentencia SL, 13 mar. 2012, rad. 45038, en los siguientes términos:

El artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contiene dos situaciones que no pueden equipararse, una relacionada con la existencia de la “unión conyugal” y la restante con la de la “sociedad conyugal vigente”. Estima la Sala, que si la protección que otorgó el legislador fue respecto del vínculo matrimonial, tal como se destacó en sede de casación, debe otorgarse la pensión a quien acreditó que el citado lazo jurídico no se extinguió amén de que no hubo divorcio, pues por el especial régimen del contrato matrimonial, es menester distinguir entre los efectos de orden personal, relativos a las obligaciones de los cónyuges entre sí y con sus hijos, del meramente patrimonial como acontece con la sociedad conyugal o la comunidad de bienes que se conforma con ocasión de aquel.

Esa distinción, en eventos como el aquí se discute es de especial interés, pues frente a los primeros, inclusive, subsiste la obligación de socorro y ayuda mutua, que están plasmados en el artículo 176 del Código Civil que dispone que “los cónyuges están obligados a guardarse fe, a socorrerse y ayudarse mutuamente en todas las circunstancias de la vida”, y en el propio artículo 152, modificado por el artículo 5 de la Ley 25 de 1992, prevé que el matrimonio se disuelve, entre otros, por el divorcio judicialmente decretado.

Así, por ejemplo en sentencia C-533 de 2000, la Corte Constitucional abordó la naturaleza del matrimonio, y en torno al punto que aquí interesa estimó:

(...)

La anterior interpretación la ratifica la Corte en esta oportunidad, habida cuenta que, a diferencia del contrato matrimonial, el cual incorpora derechos y obligaciones personales tales como los de socorro y ayuda mutua, tolerancia y respeto a la personalidad del cónyuge, los cuales subsisten mientras el vínculo no sea disuelto por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso, la sociedad conyugal hace referencia al régimen económico de la unión. Por lo tanto, el primero de los conceptos posee un significado subjetivo e intrínseco, del cual emanan unos deberes personales, mientras que el segundo alude a una sociedad patrimonial o de bienes.

Al compás de lo anterior, no es adecuado atar el derecho a la pensión de sobrevivientes a la pervivencia de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes, figuras que responden a contenidos netamente económicos, sino más bien a la vigencia del contrato matrimonial, dado que es esta unión la que confiere derechos y asigna obligaciones personales y subjetivos a los consortes, y, por consiguiente, permite incluirlos como miembros de su grupo familiar.

Pero tampoco resulta acertado enervar el derecho pensional ante figuras tales como la separación de hecho o de cuerpos, toda vez que en la primera de estas situaciones la obligación de convivir subsiste y en la segunda tan solo se excluye la de cohabitación, pero no la de socorro y ayuda mutua que, pese a esas circunstancias, subsiste.

Para decirlo de otro modo, la separación de cuerpos, figura jurídica en virtud de la cual solo se extingue el deber de cohabitación, no es un obstáculo para que el consorte que haya convivido durante 5 años con el causante, acceda a la prestación. Así mismo, la separación de hecho, tampoco frustra este derecho, pues esta circunstancia fáctica no extingue de suyo los deberes recíprocos de los cónyuges de entrega mutua, apoyo incondicional y solidaridad, los cuales perviven hasta tanto se disuelva el vínculo matrimonial”.

Así las cosas, al encontrarse probada una convivencia entre los cónyuges MARÍA MARGARITA VELEZ DE DELGADO y ERNESTO DELGADO MOLINA, entre el 18 de marzo de 1968, fecha de su matrimonio y el 18 de agosto de 1996, fecha de la liquidación y disolución de su sociedad conyugal, esto es, 28 años, 4 meses y 22 días; bastándole a la cónyuge supérstite acreditar la convivencia de 5 años con el causante, en cualquier tiempo, con el lazo matrimonial vigente, independientemente de su separación de hecho, habrá de revocarse parcialmente la sentencia consultada, para en su lugar, condenar al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, a reconocer y pagar la sustitución pensional del 50% de la mesada pensional reconocida al causante ERNESTO DELGADO MOLINA, en forma proporcional al tiempo de convivencia con su cónyuge y compañera permanente supérstites.

Al compás de lo anterior, teniendo en cuenta como tiempo total de convivencia del fallecido con la actora MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ y la demandada MARÍA MARGARITA VELEZ DE DELGADO, del 18 de marzo de 1968, fecha de su matrimonio con esta última y hasta su deceso, el 20 de enero de 2016, esto es, 47 años, 10 meses y 2 días, les corresponde:

A MARÍA MARGARITA VELEZ DE DELGADO, en calidad de cónyuge supérstite y por una convivencia entre el 18 de marzo de 1968 y el 10 de agosto de 1996, el 59,35% del 50% de la mesada pensional del fallecido, esto es la suma de \$386.807, a partir del 01 de enero de 2016, junto con los reajustes legales por cada anualidad; sumas que deberán ser indexadas desde la fecha de su causación y hasta la de su pago efectivo.

A MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ, en su condición de compañera permanente supérstite, con una convivencia del 11 de agosto de 1996 y hasta el 20 de enero de 2016, el 40,65% del 50% de la mesada pensional del fallecido, equivalente a la suma de \$264.933, a partir del 01 de enero de 2016, con los reajustes anuales legales; valores que serán indexados desde la fecha de su causación y hasta la de su pago efectivo.

Aclarando que, los porcentajes antes señalados se acrecerán de igual forma, una vez las jóvenes Angela María y María Otilia Delgado Rodríguez, nacidas el 22 de septiembre de 2004, dejen de percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes, por el cumplimiento de la mayoría de edad o hasta los 25 años, por su incapacidad para laborar por razón de los estudios.

Sin que haya lugar a declarar probada la excepción de prescripción propuesta por el Fondo demandado, comoquiera que, MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ, presentó su reclamación el 06 de abril de 2016 (fl. 55 CD fl. 88), es decir, dentro del término trienal previsto en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, razón por la cual no operó el fenómeno prescriptivo

En los anteriores términos queda resuelto el grado jurisdiccional de consulta.

Sin costas en esta instancia por tratarse del grado jurisdicción de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

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: REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia consultada proferida el 22 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar, **CONDENAR** al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, por el fallecimiento de ERNESTO DELGADO MOLINA, así:

- a) A favor de MARÍA MARGARITA VELEZ DE DELGADO, en calidad de cónyuge supérstite, el 59,35% del 50% de la mesada pensional del fallecido, esto es, la suma de \$386.807, a partir del 01 de enero de 2016, junto con los reajustes legales por cada anualidad; sumas que deberán ser indexadas desde la fecha de su causación y hasta la de su pago efectivo.
- b) A favor de MARÍA EUGENIA RODRIGUEZ NUÑEZ, en su condición de compañera permanente supérstite, el 40,65% del 50% de la mesada pensional del fallecido, equivalente a la suma de \$264.933, a partir del 01 de enero de 2016, con los reajustes anuales legales; valores que serán indexados desde la fecha de su causación y hasta la de su pago efectivo.

SAGUNDO: DECLARAR que los porcentajes reconocidos a la demandante MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ NUÑEZ y MARIA MARGARITA VÉLEZ DE DELGADO, acrecerán de igual forma, una vez las jóvenes Angela María y

María Otilia Delgado Rodríguez, nacidas el 22 de septiembre de 2004, dejen de percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes, por el cumplimiento de la mayoría de edad o hasta los 25 años, por su incapacidad para laborar por razón de los estudios, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

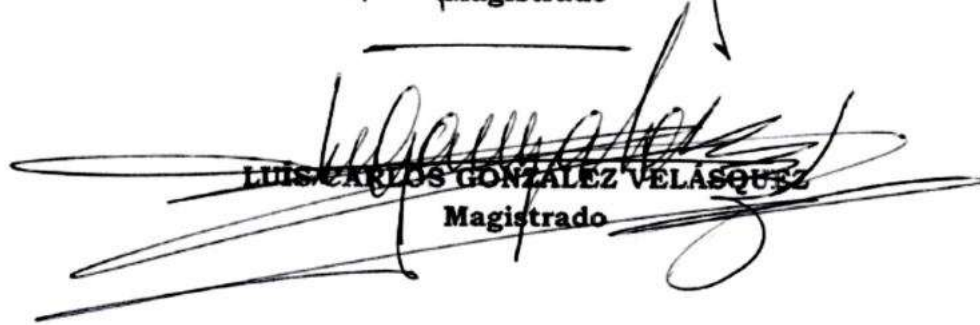
CUARTO: Sin **COSTAS** en esta Instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022201900112-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LILIANA VERGEL CANAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituto a Nicolás Ramírez Muñoz, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 166 a 169.

ANTECEDENTES

LILIANA VERGEL CANAL, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se active su afiliación en el RPM, administrado por COLPENSIONES; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a

COLPENSIONES, todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos causados, como lo dispone el artículo 1.746 del C.C.; que, se ordene a COLPENSIONES recaudar los valores que posee la AFP PORVENIR S.A.; y que, se conceda la ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 27 de noviembre de 1960; que, estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de febrero de 1990 y hasta el 31 de diciembre de 1993; que, posteriormente en el año 2001, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., sin recibir ninguna asesoría e información acerca de cuáles eran los requisitos para pensionarse en uno y otro régimen, de acuerdo a su historia laboral y el cargo que desempeñaba; que, tampoco le suministraron un cálculo actuarial, para establecer la diferencia el valor de su mesada pensional en cada régimen.

Indica que, al momento de su traslado a la AFP PORVENIR S.A., no le informaron que el valor de su pensión dependería directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto estaría sujeto a los rendimientos del capital fluctuante por las tasas de interés del mercado, entre otros; que, la AFP, en su afán de captar afiliados de forma masiva, faltó por completo a su deber de información y buen consejo, vulnerando sus expectativas legítimas para pensionarse, bajo las condiciones más favorables; que, le solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, peticiones que fueron resueltas desfavorablemente (fls.29-55).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (fls. 75-116).

La **SOCIEDAD 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 las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fls. 127-137).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de noviembre de 2020, el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del traslado de la demandante al RAIS, ordenando a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debiendo COLPENSIONES recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, señala que, la ineficacia declarada solo procede, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuando se encuentran demostrados actos que impiden o atenten contra la afiliación de un trabajador, es decir, cuando existen conductas dolosas, que, en el presente caso, no fueron demostradas dentro del proceso; que, el formulario de afiliación no puede verse como un simple formato, pues, fue implementado por la respectiva Superintendencia y nacen del cumplimiento de la ley; que, no haber allegado la hoja de vida o pruebas de la capacitación del asesor de la AFP, que atendió a la actora, al momento de su traslado, no es argumento suficiente para determinar que no se le brindó a ésta la información requerida; que, la actora, aceptó al absolver interrogatorio de parte, que recibió una asesoría de aproximadamente 30 minutos, donde le explicaron temas relacionados con sus beneficiarios y la forma en que se pensionaría, de acuerdo con su capital ahorrado, razón por la que considera que no hubo una adecuada valoración probatoria. Refiere que, la demandante, está inmersa en la prohibición legal establecida por la Ley 797 de 2003, para retornar en cualquier momento al RPM, por se encuentra a menos de 10 años para acceder al derecho pensional, de ahí que no puede escudarse en una supuesta falta al deber de información, simplemente porque su plan de pensión no cumplió con sus expectativas.

Finalmente, en cuanto a la condena impuesta relacionada con la devolución de los gastos de administración, advierte que, según el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM, se destina un 3%

para financiar o cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, sin que tales valores hagan parte de la pensión, por lo que son susceptibles de prescripción.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, con el traslado efectuado por la demandante, no se incurrió en ninguna prohibición legal; que, la actora, no tenía unos derechos adquiridos o expectativas legítimas, al momento de realizar el mismo, por lo tanto, no se vulneró ningún derecho al respecto; que, existió por parte de la señora LILIANA VERGEL CANAL, una voluntad de permanencia en el RAIS; además, dicha decisión contribuye a la descapitalización del Sistema; que, resulta de manera imposible probar lo que se le dijo de manera verbal a la demandante, en el año 2001, teniendo en cuenta que, no existía para la época la obligación de que la AFP, documentara la información brindada, debiendo aplicarse el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible; que, si la falladora de Primera Instancia, consideró que hubo insuficiencia probatoria, debió hacer uso de sus facultades oficiosas para alcanzar la certeza suficiente que le permitiera resolver el asunto de manera más objetiva.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., argumentó que, su apelación era parcial, en relación con los gastos de administración, que debía devolver, pues, se trata de valores que no son descontados caprichosamente por la Administradora, sino que son autorizados por la ley, para que, tanto en Fondo privado, como en el común, estos sean cobrados; que, los mismos ya se encuentran causados, comoquiera que, se hicieron efectivos durante los periodos que la actora estuvo afiliada; además, equivalen a la gestión adelantada por la Administradora, en aras de obtener unos rendimientos en favor de la demandante; considera que la devolución a COLPENSIONES o la actora, constituiría un enriquecimiento sin causa, y en todo caso, de no volver todas las cosas a su estado anterior, tampoco habría lugar a trasladar rendimientos; solicita que no sea condena en costas de segunda instancia, teniendo en cuenta, que el recurso presentado es parcial.

Por su parte, COLPENSIONES, advierte que, para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, el único requisito necesario era la manifestación de la voluntad del afiliado de manera libre y espontánea, a través de la firma del formulario, sin que fuera necesaria una doble asesoría

por parte de las AFP, por lo que, el estudio del caso debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para el momento del traslado sin exigirle a las administradoras privadas de pensiones pruebas los soportes de la información brindada a la demandante, al momento de su traslado; que, el estudio acerca de la ineficacia del traslado del régimen pensional a la luz de normas inexistentes afecta no sólo a los fondos privados sino también a COLPENSIONES, quien no hizo parte de dicho negocio jurídico, sin embargo, debe asumir las consecuencias del mismo, al verse obligada a reconocer la prestación pensional de una persona que no perteneció al RPM, por más de 20 años, lo que pone en riesgo el equilibrio financiero del Sistema, el fondo común destinado para el pago de las pensiones de sus afiliados. Adicionalmente, pide que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se adicione, en cuanto la obligación de hacer, esto es, recibirla, activarla como afiliada y actualizar su historia laboral, sólo se podrá hacer efectiva una vez cumplidas las obligaciones impuestas a la AFP, relacionadas con el reintegro de los aportes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la nulidad del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A; iii) si procede la orden de devolución de gastos administración por parte de la AFP PORVENIR S.A. o si operó el fenómeno de la prescripción sobre ellos; y, iv) si el retorno de la demandante, al RPM, puede alterar el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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 el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, la historia laboral consolidada de la actora en la AFP PORVENIR S.A., (fls. 6-7 y 140-142); historia laboral válida para bono pensional (fl. 8 y 145-146); solicitud de nulidad del traslado al RAIS, presentada por la demandante, ante la AFP PORVENIR S.A., con su respectiva respuesta negativa (fls. 9-16); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 17-20 y 143-144); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y se contestación desfavorable (fls. 21-29); consulta SIAF (fl. 138); formulario solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., suscrito por la demandante, el 12 de diciembre de 2001 (fl. 138 reverso); certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 139 reverso).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 2001, estaba iniciando un trabajo en la Escuela de Administración Pública, había regresado de una maestría en el exterior, y la presentaron la oferta de afiliarse a la AFP PORVENIR S.A., que, era mucho mejor para ella,

que continuar en el Seguro Social; que, se hijo iba a poder heredar la pensión en caso de fallecimiento, a diferencia del ISS, siendo esa información lo que más le interesó; señaló que, nunca le explicaron las condiciones en que se pensionaría, sólo hasta el 2014, antes de cumplir los 57 años de edad, cuando se acercó a las oficinas de la AFP PORVENIR S.A., para indagar por el trámite para el reconocimiento del derecho pensional, supo las condiciones de pensión y que su mesada sería de \$1.200.000, pero que si quería, podía pensionarse de una vez, porque ya tenía el ahorro mínimo; que, le pidió al asesor, información respecto a si, al cumplir 57 años, podría retirar sus ahorros y le dijeron que no, que estaba obligada a recibir esa pensión, porque ya había adquirido el derecho a la pensión mínima; que, entonces solicitó una proyección, para saber cuánto más debía aportar para mejorar la mesada pensional, pero le dieron un valor, que considera absurdo e imposible de cumplir; que, al momento de su traslado inicial al RAIS, no le dijeron que podía pensionarse de manera anticipada, ni que tendría una cuenta de ahorro individual, la información fue minina, sólo le plantearon que le iría mucho mejor que en el ISS; que, no recibió extractos de la AFP PORVENIR S.A. sino pasado algún tiempo luego de su traslado, sólo le explicaron que ellos adelantarian los trámites para trasladar el valor de lo cotizado en el Seguro Social, lo que tomaría algún tiempo y luego le informarían en qué iba ese procedimiento; que, no le explicaron que podía hacer aportes voluntarios, ni le hablaron de intereses o rendimientos; que, el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR, lo diligenció la asesora, y en ese momento se encontraban 3 tres personas más con ella; que, no sabía que podía retornar al RPM antes de los 47 años; que, al momento del traslado, no le informaron nada acerca de las características del RPM y sus diferencias con el RAIS.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP 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 a la señora LILIANA VERGEL CANAL, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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. Aclarando igualmente la Sala, que, el conocimiento que de forma general manifestó tener la demandante acerca de las características del RAIS, no constituye una confesión en su contra, ni es plena prueba suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., ya que, como quedó demostrado, dicha AFP, no se le brindó a la actora, una asesoría personalizada, donde teniendo en cuenta sus condiciones particulares edad, semanas cotizadas, núcleo familiar, entre otras, se le explicara la conveniencia o no de efectuar el traslado del régimen pensional.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR 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 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 actora a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 12 de diciembre 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.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal,

con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el trascurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **LILIANA VERGEL CANAL** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

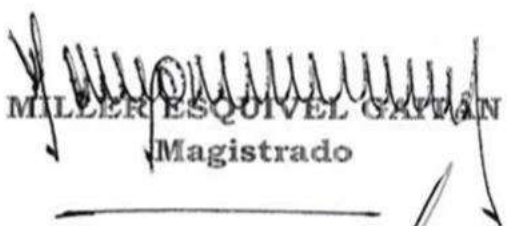
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la

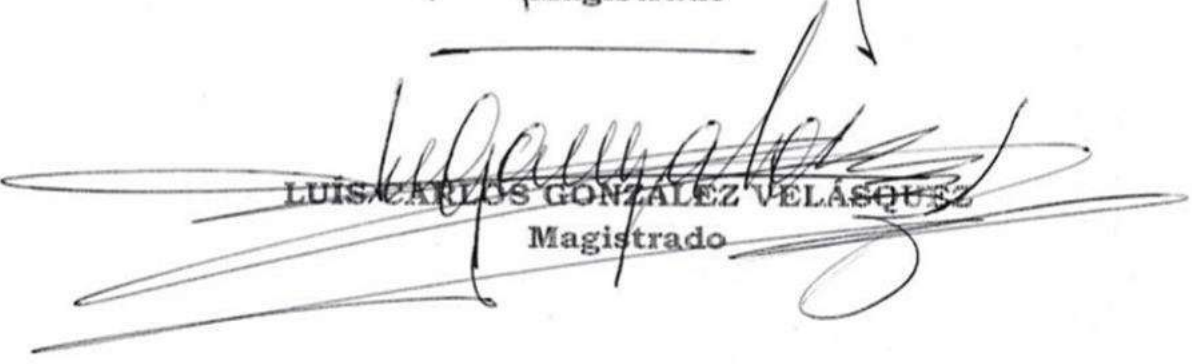
suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105023202100131 01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Pensión de invalidez – enfermedad degenerativa- fecha de reconocimiento

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora contra la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **JOSE ULPIANO GALVIS LÓPEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

JOSE ULPIANO GALVIS LÓPEZ instauró demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, para que previa declaratoria de que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez desde la fecha en la cual se estructuró dicho estado (18 de noviembre de 2010), se condene a la demandada a su pago, junto con las mesadas adicionales, la indexación, los intereses moratorios y lo que resulte ultra y extra petita, previo descuento de los valores de los aportes que corresponda por concepto de salud.

Como soporte de sus pretensiones relató los hechos que obran a folios 2 a 4, del archivo PDF, en los que en síntesis señaló que: nació el 7 de agosto de 1962, estuvo afiliado al ISS hoy Colpensiones, presentó secuelas de carácter invalidante, obteniendo dictamen médico No. 2016140580MM del 5 de marzo

de 2016 en el que se estableció como fecha de estructuración de su estado de invalidez el 18 de noviembre de 2010, no obstante la demandada, a través de la resolución GNR 232505 del 8 de agosto de 2016, le reconoció y pagó la pensión solo a partir del 1 de abril de 2016, no existiendo ninguna razón válida para que le fuera reconocida la pensión desde esa fecha ya que cumplió con los requisitos para acceder a la pensión.

CONTESTACIÓN DEMANDA

Una vez realizados los trámites de rigor admisión y notificaciones de la demanda, la entidad enjuiciada dio contestación mediante archivo digital obrante a folio 13 C.D., en el cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de nacimiento del actor y su calidad de afiliado, la existencia del dictamen que le fuera practicado, la fecha en la cual le fue reconocida la pensión por parte de la entidad y que se agotó la vía gubernativa. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a partir del 18 de noviembre de 2010, inexistencia del derecho y de la obligación al reconocimiento y pago de intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia celebrada el día 15 de septiembre de 2021, el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., decidió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor JOSÉ ULPiano GALVIS LÓPEZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS al demandante.

TERCERO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, conforme al artículo 69 del Código Procesal Laboral, dado que la presente decisión es adversa a las pretensiones de la demandante”.

Como sustento de tal determinación adujo el A quo que, el actor cuenta con una pérdida de la capacidad laboral por el orden del 72.09%, porcentaje establecido en el dictamen No. 2016140580MM del 5 de marzo de 2016, mismo que identificó al 18 de noviembre de 2010 como fecha de estructuración, producto de las denominadas enfermedades *degenerativas o catastróficas*, por lo que la llamada a juicio, procedió a tomar como fecha de estructuración el 5 de marzo de 2016, sin que registre semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores, pero en atención a los numerosos pronunciamientos emitidos por la H. Corte Constitucional, en donde han sostenido que frente a los asegurados con padecimientos que desemboquen en su PCL, tienen derecho a que se le contabilicen los aportes efectuados luego de la fecha de estructuración de

invalidez, por lo que consideró que no le asistía derecho a la parte demandante absolviendo a la entidad de las pretensiones incoadas en su contra.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la apoderada de la parte actora solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia ya que al no existir discusión sobre la calificación como persona invalida no estaba obligado a cotizar semanas luego de acaecido el accidente y cualquier irregularidad en la historia laboral no tenía que ser asumida por el afiliado.

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

CONSIDERACIONES

Debe determinar la Sala si al señor JOSE ULPIANO GALVIS LOPEZ le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común a cargo de COLPENSIONES a partir de la fecha de estructuración de su enfermedad, 18 de noviembre de 2010, junto con el consecuente pago del retroactivo de la pensión, debidamente indexado y sus intereses.

DE LA CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN

No fueron objeto de discusión dentro del debate jurídico los siguientes supuestos facticos: (i) que el demandante tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, (ii) que la fecha de estructuración data del 18 de noviembre de 2010, (iii) que el actor padece una enfermedad catastrófica y degenerativa, (iv) que cuenta con un total de 1.115 semanas de cotización y (v) que la fecha desde que le fuera reconocida prestación por invalidez data del 1° de abril de 2016.

Establecido lo anterior, como quiera que lo pretendido por el actor es que la pensión a él reconocida lo sea desde la fecha de estructuración de su enfermedad, esto es, 18 de noviembre de 2010 según dictamen No: 2016140580MM del 5 de marzo de 2016 expedido por COLPENSIONES, tal y como señala la ley, y no desde la fecha de su última cotización (ciclo marzo de 2016) que fue el que adoptó COLPENSIONES, forzoso se muestra acudir en primer término al ordenamiento que regula el asunto.

La Ley de 1993, en su artículo 38 definió a la persona inválida como aquella *“que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*. A su turno el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 dispone: *“Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá*

derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”, esto es, exige que para acceder a la prestación se deberá cumplir con un mínimo de 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración.

Descendiendo al material probatorio obrante dentro del proceso, es claro que el señor Galvis López, no logró acreditar el requisito de densidad de cotizaciones, tal y como se evidencia del reporte de semanas de cotización expedido por COLPENSIONES, el cual no fue tachado ni refutado de falso y por tanto da fe de lo allí expresado, toda vez que, para la fecha de estructuración de su enfermedad (18 de noviembre de 2010) no reportó ninguna semana de cotización dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a esa calenda, esto es, entre el 18 de noviembre de 2007 y el 18 de noviembre de 2010, puesto que la última cotización corresponde al periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2002 y hasta el 31 de octubre de 2013, volviendo a efectuar cotizaciones al sistema el 1° de septiembre de 2012 y en adelante hasta el 5 de marzo de 2016.

Al respecto, debe precisarse por la Sala que si bien es cierto el citado presupuesto de fidelidad se halla contemplado en la ley, también lo es que más allá de la legalidad del requisito de fidelidad cuyo referente obligado responde al de **“la fecha de estructuración”**, el juez se encuentra supeditado en los términos del artículo 230 de la C. Pol, a decidir las controversias puestas bajo su consideración al amparo de derechos supralegales que integran el bloque de constitucionalidad, como aquí acontece, al tratarse de personas que requieren de especial protección al presentar un estado de invalidez; y si ello es así, por supuesto que situaciones diferentes a la generalidad ameritan soluciones diferentes.

Tenga en cuenta la parte demandante que la situación aquí debatida no es única ni novedosa, pues ya en oportunidades anteriores en asuntos de características similares, en donde a pesar de la afiliación al sistema general de pensiones y la continuidad en la labor y correspondiente cotización, la fecha de estructuración se fijó para el trabajador en una fecha que no le permite satisfacer el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los tres años anteriores a la estructuración, con la particularidad de ser originada la invalidez en enfermedades, catastróficas, congénitas y/o progresivas, y la necesidad de proteger a tales afiliados, se ha optado, con el fin de proteger sus derechos fundamentales, en considerar no sólo la fecha de estructuración, sino también la fecha de calificación de la invalidez, de solicitud del reconocimiento pensional o, **de la última cotización efectuada**, atendiendo justamente a la realidad de la que no puede ser ajeno el funcionario judicial, la sociedad, ni las partes, y que no es otra distinta a la de verificación de cuándo el padecimiento se manifestó para el afiliado de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, como así lo ha sostenido no sólo la H. Corte Constitucional, sino también la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, esta última en varias sentencias, siendo

dable rememorar por ejemplo la SL3779 del 10 de septiembre de 2019, radicación n.º 66276 en la que en lo pertinente expuso:

“Sobre el asunto que se le plantea a la Sala, esta se pronunció recientemente en la sentencia CSJ SL3275-2019, en la que teniendo en consideración la naturaleza de la prestación, su estrecha relación con el trabajo, la especial protección que corresponde según el bloque de constitucionalidad a las personas que padecen la invalidez, la condición de la patología cuando se trata de enfermedades congénitas, crónicas y degenerativas, «[...] eventualmente, permite al paciente continuar con su actividad de trabajo, pese a que la pérdida de capacidad laboral se haya estructurado desde antes», ha acogido los criterios expuestos en la sentencia CC SU-588 de 2016.

La posición actual de la esta Corporación plasmada en la mencionada sentencia, se condensan en los apartes pertinentes que se transcriben a continuación:

*Entonces, aceptar la misma interpretación que se tiene actualmente para los demás asuntos, esto es, **no contabilizar la cotizaciones efectuadas con posterioridad a la estructuración del estado de invalidez**, en tanto lo que se protege es una contingencia o un riesgo incierto, significa admitir que las personas que padecen enfermedades de tipo «crónico, degenerativo y/o congénito» por razón de su condición, no tienen la posibilidad de procurarse por su propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana, ni tampoco la de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez una vez su estado de salud les impida seguir laborando, derechos que sí están reconocidos a las demás personas.*

*Se insiste, **las patologías de progresión lenta y crónicas** -como la que padece la accionante- a diferencia de otras, no crean una limitación inmediata, sino que ello tiene lugar o se desarrolla en un lapso prolongado, lo cual ocasiona que la fuerza laboral se mengüe con el tiempo y, por lo tanto, **le permite a la persona trabajar hasta tanto el nivel de afectación sea de tal magnitud que le impida, de manera cierta, llevar a cabo una labor.** Así pues, la «capacidad laboral residual» consiste en la posibilidad que tiene una persona de ejercer una actividad productiva que le permita garantizar la satisfacción de sus necesidades básicas y, en tal medida, esa situación no puede ser desconocida.*

[...]

Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Ahora bien, en aras de evitar el fraude al sistema general de pensiones y, a su vez, garantizar su sostenibilidad fiscal, es necesario, en cada caso, ponderar varias aristas del asunto a dilucidar, tales como el dictamen médico, las condiciones específicas del solicitante, la patología padecida, su historia laboral, entre otras, pues precisamente en razón a que el afiliado puede trabajar y, producto de ello, cotizar al sistema durante el tiempo que su condición se lo permita, es necesario corroborar si los aportes realizados se hicieron con la única finalidad de acreditar las semanas exigidas por la norma o si, por el contrario, existe un número

importante de ellos resultantes de una actividad laboral efectivamente ejercida.

Es decir, es necesario examinar si las cotizaciones efectuadas después de la estructuración de la invalidez fueron sufragadas en ejercicio de una real y probada capacidad laboral residual del interesado, y no, que se hicieron con el único fin de defraudar al sistema de seguridad social.

Debe advertirse que lo anterior no implica que sea válido alterar la fecha de estructuración de invalidez que hayan definido las autoridades médicas competentes, sin razón justificativa alguna o sin medio probatorio que así lo permita. De lo que se trata, es de llevar a cabo un análisis que incluye el supuesto fáctico que regula la normativa aplicable al asunto, a fin de determinar el momento desde el cual deberá realizarse el conteo de las semanas legalmente exigidas.

*En resumen, **se deben analizar las condiciones del solicitante, así como la existencia de una capacidad laboral residual, para de esta manera establecer el punto de partida para realizar el conteo de aportes que imponga la ley.***

[...]

*En síntesis, en dicha decisión la Corte Constitucional, validó tener en cuenta la fecha de calificación de la invalidez, **la fecha de solicitud del reconocimiento pensional** o, incluso, la data de la última cotización efectuada, porque se presume que fue allí cuando el padecimiento se manifestó de tal forma que le impidió continuar siendo laboralmente productivo y proveerse por sí mismo del sustento económico, decisión que, en todo caso, debe fundamentarse en criterios razonables, previo análisis de la situación en particular y en garantía de los derechos del peticionario.”*

Así las cosas, del antecedente tanto legal como jurisprudencial traído a colación, bien puede concluir este Colegiado que no se equivocaron ni COLPENSIONES ni el fallador de primera instancia al determinar que al promotor de esta actuación no le asiste derecho al reconocimiento de la pensión desde la fecha de la estructuración de su invalidez, sino que debe acudir para tal efecto al criterio de la fecha de su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones, el que como ya se explicó párrafo atrás, correspondió al ciclo de marzo de 2016, ajustándose por consiguiente su situación a los lineamientos fijados por las Altas Cortes, los cuales se acogen en su integridad.

En este orden de ideas, atendiendo que la sentencia impugnada responde a postulados legales y constitucionales actualmente vigentes, se confirmará la misma.

COSTAS

Sin costas en esta instancia ante su no causación. Se confirman las de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de la Sala 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 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró JOSE ULPIANO GALVIS LOPEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBINA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la motiva de esta providencia.

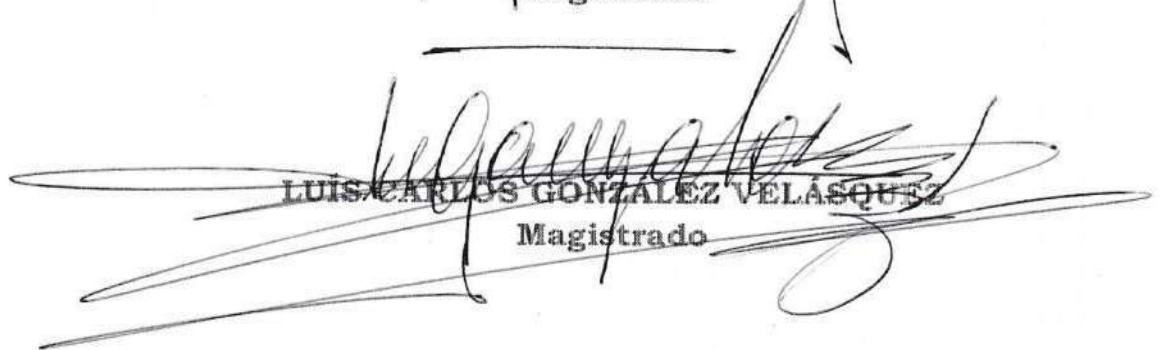
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105037201900149-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 25 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PATRICIA CHACÓN LIÉVANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y cesantías PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Juliana Mejía Giraldo y sustituir el poder conferido a la doctora Ladys Dayana Samper, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 277 vto al 279 vto.

ANTECEDENTES

PATRICIA CHACÓN LIÉVANO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, se declare la anulación de la afiliación-adhesión de la demandante, al RAIS, por falta de consentimiento informado; y, en

consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el capital y los rendimientos financieros acumulados en su cuenta de ahorro individual, desde el 1 de agosto de 1995 y hasta la sentencia que ponga fin a esta controversia; que, se ordene a COLPENSIONES, recibir dicho capital y rendimientos en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si nunca se hubiese trasladado de régimen pensional, teniendo como IBC, para cada periodo, los salarios reportados en el RAIS; que, se ordene a COLPENSIONES, luego de su retorno al RPM, reconocer y pagar la pensión de vejez, en los términos de los artículos 9 y 10 de la Ley 797 de 2003, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos de ley; que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 11 de septiembre de 1958; que, el 17 de junio de 1986 se vinculó al RPM y cotizó allí de forma continua e ininterrumpida hasta el 1 de agosto de 1995, cuando trabajaba en la Superintendencia de Sociedades y fue abordada por un asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A., quien le ofreció trasladarse de régimen pensional, porque el ISS, sería liquidado, perdiendo la posibilidad de pensionarse en el futuro; que, posteriormente, entre los años 2006 y 2014, se cambió a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y el 1 de octubre de 2014, regresó a la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que, los asesores de las AFP demandadas, le informaron que podría pensionarse a la edad que quisiera, sin explicarle con suficiente claridad y veracidad, cuál debía ser el capital ahorrado para anticipar el derecho pensional; también se le indicaron que su mesada pensional, sería superior a la que pudiera obtener en el RPM; sin advertirle las consecuencias jurídicas de su traslado, ni las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, pese a contar con la capacidad operativa, técnica y financiera para determinar qué era más conveniente para sus intereses pensionales.

Indica que, perdió la posibilidad de obtener un bono pensional, pues, su traslado al RAIS, se produjo antes de completar 150 semanas en el RPM; que, la posible mesada pensional reconocida por el RAIS, es bastante inferior a la que le correspondería en el RPM, ocasionándole con ello graves perjuicios para su vejez, representados en un mejor valor de la pensión y con ello, un cambio significativo en su nivel de vida y dignidad humana; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo una respuesta negativa por parte de éstas (fls. 3-26).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, innominada o genérica y no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público (fls. 116-134).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de pago, prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (fls. 142-162).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 232-255).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, el 14 de noviembre de 1995; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual, junto con los bonos pensionales y rendimientos financieros; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de la actora y aceptar los valores remitidos por la AFP PORVENIR S.A.; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentado que, el retorno de la demandante al RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues, ya se encuentra incurso en la prohibición legal para retornar a dicho régimen, por estar a menos de 10 años para acceder al derecho pensional, sin que pueda alegarse el desconocimiento de la ley, para beneficiarse; que, existió una valoración errada de la prueba, por desconocer el conocimiento que tenía la demandante, pues, aceptó recibir múltiples visitas de los asesores de las AFP, que desde su primer traslado, le permitieron brindar un consentimiento informado; que, la asesoría brinda para la época, cumplió con los requisitos exigidos, con un lenguaje claro, sencillo, indicándole las características, ventajas y desventajas; que, no se

evidencia una lesión injustificada a sus derechos pensionales, siendo el único motivo de su descontento el valor de la mesada pensional; solicita que, en caso de no revocarse la decisión de Primera Instancia, se ordene a la AFP, devolver los gastos de administración y comisiones, con cargo a sus propias utilidades, pues, dichos dineros deben ingresar a COLPENSIONES, como consecuencia de la ineficacia declarada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, PORVENIR solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; y, iii) si resulta procedente la solicitud de adición de la sentencia, ordenando a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados a la

demandante, por concepto de gastos de administración y comisiones, como lo solicitó la parte recurrente.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece

de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, que 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 el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, certificación de información laboral para bono pensional (fls. 28-33); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 35-41, 47-48); historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 42-46); reclamación administrativa radicada

en COLPENSIONES (fls., 48-50); solicitud de nulidad del traslado al RAIS, presentada en la AFP PORVENIR S.A., con su correspondiente respuesta (fls., 51-56); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 57-60 y 265-268); formulario solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS de fecha 14 de noviembre de 1995 (fl. 61 y 260); certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 62, 269 y 291); relación histórica de movimientos de la cuenta da ahorro individual de la actora en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 63-69 y 270-276); expediente administrativo (CD fl.138); certificación de afiliación y traslado de aportes expedida por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (fl. 163); formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA, diligenciado el 26 de febrero de 2006 (fl. 164); relación de semanas cotizadas en OLD MUTUAL (fls. 165-166) estado de cuenta Old Mutual Fondo de Pensiones Obligatorias (fls. 167-173); consulta SIAF (fls. 256-259); formulario solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias PORVENIR, tramitado el 29 de agosto de 2014 (fl. 261); relación de aportes efectuados por la actora a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 278-290); historia laboral válida para bono pensional (fls. 292-293).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien manifestó que, esa Administradora, se fusionó con COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con posterioridad a la afiliación de la demandante, a dicha AFP; que, a la demandante, se le brindó toda la información suficiente previa suscripción del formulario de traslado al RAIS; que, para la fecha de traslado de la demandante, no era obligación de la AFP COLPATRIA, indicarle de manera escrita las modalidades de pensión existentes en el RAIS, dicha información se le suministra a los potenciales afiliados de manera verbal; que, la demandante, inicialmente se afilió a COLPATRIA, luego hizo un traslado horizontal a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y en el año 2014, regresó a la AFP PORVENIR, cuando ya tenía más de 56 años de edad, razón por la que, en esa oportunidad también se le entregó toda la información respecto a la nueva afiliación que estaba haciendo a la AFP PORVENIR S.A.

Por su parte, la demandante, señaló en su interrogatorio que, estuvo afiliada al ISS, a COLPATRIA y la AFP PORVENIR S.A.; que, su afiliación a COLPATRIA fue realizada de manera voluntaria, se encontraba en su oficina trabajando, y en esa época las distintas Administradoras de pensiones, estaban autorizadas por la entidad, para visitar a los trabajadores, entonces se le acercó el asesor de COLPATRIA, le preguntó que dónde estaba afiliada a pensiones, ella le respondió que en Seguro Social, a lo que el asesor le contestó que entonces había llegado a tiempo para advertirle que tanto el ISS, como CAJANAL se iban a acabar, por malos manejos y corrupción, aconsejándole cambiarse a esa AFP, que era como una cuenta de ahorro, donde podía disponer de su dinero, que le iba a generar una rentabilidad muy buena, que sus hijos podrían obtener el ahorro, en caso de que ella

falleciera, accediendo a firmar la afiliación, con el temor del cierre del Seguro Social y la amenaza de quedarse sin pensión; no le hablaron del derecho de retracto; que, el formulario de afiliación sólo contenía sus datos generales y no le entregaron ninguna documentación adicional; que, recibió extractos físicos de COLPATRIA y verificaba sus fechas; que, nunca verificó el cierre del Seguro Social; que, confió en la afiliación, se dedicó a trabajar y no preocupó más por el tema pensional; que, estando en el RAIS, cambio de Administradora, porque, los asesores de OLD MUTUAL y la AFP PORVENIR S.A., la visitaron en su oficina y siempre le decían que recibiría mejores rendimientos en una u otra AFP.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLPATRIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora PATRICIA CHACÓN LIÉVANO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocrinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la COLPATRIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR 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 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 actora, a COLPATRIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., el 14 de noviembre de 1995, 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; sin que su posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a la AFP PORVENIR S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en cuanto a la solicitud de adición de la sentencia, presentada por COLPENSIONES, para que también se ordené a la AFP PORVENIR S.A., restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración y comisiones, habrá de accederse a la misma, pues, como señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicación 78667:

“...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.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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”. (Negrilla fuera de texto).

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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: ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a restituir a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el valor de los gastos de administración y comisiones, que descontó a la demandante **PATRICIA CHACÓN LIÉVANO**, durante el tiempo que está

permaneció afiliada a esa Administradora, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia apelada.

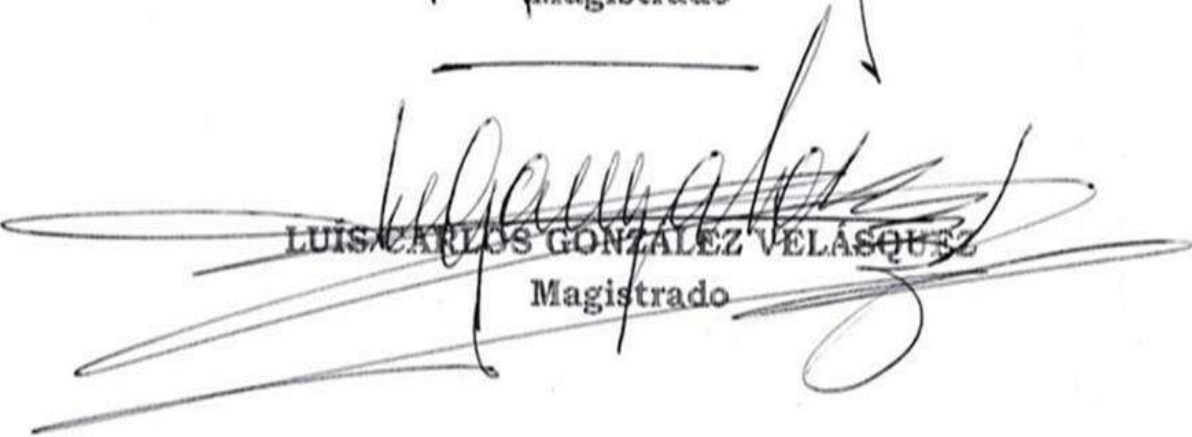
TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

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. 110013105023202000169-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA PRISCILA MOLINA JIMÉNEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. Angélica María Cure Muñoz, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.140.887.921 y tarjeta profesional 369.821 del C.S.J., como apoderada especial de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

María Priscila Molina Jiménez pretende que se declare la anulación por ineficacia del traslado efectuado a Colmena hoy Protección S.A., ordenando el traslado y la afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiese trasladado de dicho régimen; ordenar al Porvenir S.A., la devolución de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o

traslado de la demandante a Colpensiones, sin descontar ningún valor por mesadas pagadas, gastos de administración o cualquier otro; condenar a Porvenir S.A., en caso de haberse otorgado previamente pensión, a seguir pagando la misma, hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que fue afiliada a partir del 19 de noviembre de 1985 al ISS; que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados, se trasladó a Colmena el 14 de noviembre de 1995; que para el 23 de noviembre de 1998, la demandante se trasladó a Colpatria; que Protección S.A. solamente realizó la afiliación en el formato preestablecido, sin entregarle a la demandante información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, con relación a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

Que con posterioridad, se le realizó a la demandante un estudio actuarial, en el cual se le realizó un comparativo teniendo en cuenta los ingresos bases de cotización, encontrando que con Porvenir S.A. recibiría una pensión de \$1,125,721 y con Colpensiones \$3,910,653.

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 ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del actor, los traslados efectuados, la negativa de realizar la anulación de la afiliación,

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

PROTECCIÓN S.A. propuso como excepciones de mérito las que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la

afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de mayo de 2021, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante María Priscila Molina Jiménez al RAIS administrado por Protección S.A., y por ende, a Porvenir S.A.; condenar a Protección S.A. a devolver todos los aportes que hubiere recibido entre el 1 de diciembre de 1995 al 31 de diciembre de 1998, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dineros que deberán devolverse de manera indexada por la pérdida adquisitiva del dinero desde la fecha de su causación, hasta la fecha de su pago, autorizando efectuar el descuento del dinero que se transfirió a la AFP Porvenir, con ocasión al traslado de fondo solicitado por la demandante; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese 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, 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, dineros que se ordenan devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago; declarar que la demandante María Priscila Molina se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenar en costas a Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, con base en los siguientes argumentos:

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. sustenta su recurso en lo relacionado con la devolución o traslado de los rendimientos financieros, más lo descontado por comisión de administración, por cuando en el expediente obra prueba certificado de aportes trasladados donde se demuestra que los mismos fueron debidamente remitidos a Porvenir S.A., por el traslado de la

demandante, por lo que no tiene la demandada concepto alguno por cotización o aportes en pensión de la demandante entre el año 1995 y el 1999, y que, la comisión de administración es un descuento autorizado por la Ley 100 de 1993, modificado posteriormente por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003, que faculta a las AFP a realizar dicho descuento, los cuales se usan para cubrir los gastos de administración y las primas de seguros, demostrándose además que se obtuvieron ganancias significativas frente a lo ahorrado, dando fe de que fueron debidamente administrados. Que con la condena de primera instancia, se está constituyendo un enriquecimiento de causa a favor de Colpensiones, a recibir una comisión de administración que no está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante, y adicionalmente, porque se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena administración, desconociendo las mejores que efectuaron las AFP.

Que no es posible solicitar a las AFP a volver lo descontado para cubrir las primas de reaseguro, por cuanto lo mismo se realiza como un mandato legal; considerando que si opera el fenómeno de la prescripción, al ser un concepto de tracto sucesivo que le impone la ley, por ser un emolumento que no financia la pensión de vejez, y porque lo declarado como imprescriptible, es el acceso a buscar la declaratoria de ineficacia, por lo tanto los créditos que de ella se deriven, si gozan del fenómeno de la prescripción.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. indica que no comparten las consideraciones del despacho frente al deber de información, y que si bien se acepta que desde el momento de la creación de las AFP dicho deber existía, dicho deber no comprendía las obligaciones señaladas en la sentencia de primera instancia, por lo que en el año de 1995 era legítimo considerar que con una asesoría verbal y la firma del formulario, era suficiente para realizar de manera válida el traslado; que es claro que el reproche de la demandante es el monto de la mesada pensional, al no habersele informado años atrás el valor de la misma, pasando por alto que para la fecha no existía la obligación de realizar proyecciones pensionales, y que habría sido una total irresponsabilidad de la AFP asegurar un monto pensional que se ve supeditado a tantas variables, las cuales no podrían preverse con seguridad.

Asimismo, señala que el a quo indicó que se debieron enseñar las consecuencias del traslado, sin embargo, que no podría haberse informado lo anterior, frente a un derecho pensional que ni siquiera estaba cerca a consolidarse.

Con relación a la condena de devolución de rendimientos y gastos de administración, indica que no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no, y en el entendido de que el

negocio nunca se celebró, los frutos dados por la administración tampoco se generaron, siendo esto improcedente.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, aduce que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, como quiera que a la hora del traslado de la demandante la misma contaba con menos de 750 semanas, faltándole mas de 25 años para acceder a la pensión de vejez; adicionalmente, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado en la Ley 797 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, no siendo beneficiaria del régimen de transición por semanas, de manera que tampoco le son aplicables las sentencias SU de la Corte Constitucional.

Refiere que para la época en que se efectuó la afiliación, las AFP solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo que no habría lugar a la ineficacia, mas aun cuando se evidencia del interrogatorio de parte, que la demandante se encuentra es inconforme con la mesada pensional que recibiría en el RAIS, y que lo que existió fue un desinterés por parte de la demandante, manteniéndose en el fondo privado por mas de 25 años, sin expresar inconformidad alguna.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** allegó alegatos de conclusión, señalando que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación; igualmente que el a quo realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, adujo que se debió llegar al punto de desanimar a la actora de realizar la vinculación.

Manifiesta que el traslado reviste de completa validez, en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento.

Tanto la parte actora como Colpensiones guardaron silencio.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** Si Protección S.A y Porvenir S.A. están obligadas a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si la permanencia en el RAIS por más de 10 años sana la nulidad del traslado de régimen, **v)** si se debe dar aplicación al fenómeno prescriptivo, y si, **vi)** la demandante se encuentra inmersa 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. 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 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 dentro de los anexos de la contestación de Protección S.A., obra copia del formulario de traslado del régimen de prima media al RAIS, diligenciado el 14 de noviembre de 1995; se allega además por parte de Porvenir S.A. formulario de afiliación suscrito el 23 de noviembre de 1998, donde consta el traslado efectuado de Colmena a Colpatria hoy Porvenir S.A., prueba que en principio es concreta en el sentido de que las vinculaciones se realizaron de forma correcta.

Igualmente, el a quo recibió interrogatorio de parte de la señora María Priscila Molina Jiménez, quien respecto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio la afiliación, indicó que para la época laboraba en Granitos y Mármoles S.A.S., y que el gerente financiero los reunió, y les indicó que por temas de convenio de la empresa, quienes no estaban en el régimen anterior, los pasarían al fondo Colpatria; que si bien se acercó un asesor a las instalaciones, el mismo les proporcionó los documentos que debían firmar, sin brindarles información, y sin que tuvieran la oportunidad de hacerle preguntas al asesor de Colpatria.

Indica que al momento en que empezó a laborar en otra empezó, le solicitó a la persona de recursos humanos que le realizara el traslado al ISS, sin embargo, que la funcionaria le indicó que dicho traslado ya no era posible, y que no hizo gestión alguna ante dicha administradora, sin embargo, que su motivación de traslado se da por la diferencia de la mesada, y la seguridad y respaldo.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaban Protección S.A. y Porvenir S.A., obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Priscila Molina Jiménez asesorías suficientes 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, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella 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 Colmena en noviembre de 1995, 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación del fondo demandado. En tal sentido 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 cubre 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 ibídem-.

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.”

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, y se condenará en costas de esta instancia a 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 día 28 de mayo de 2021 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., promovido por María Priscila Molina Jiménez en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

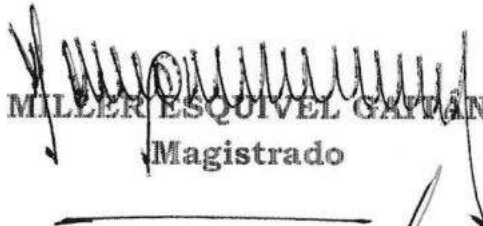
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

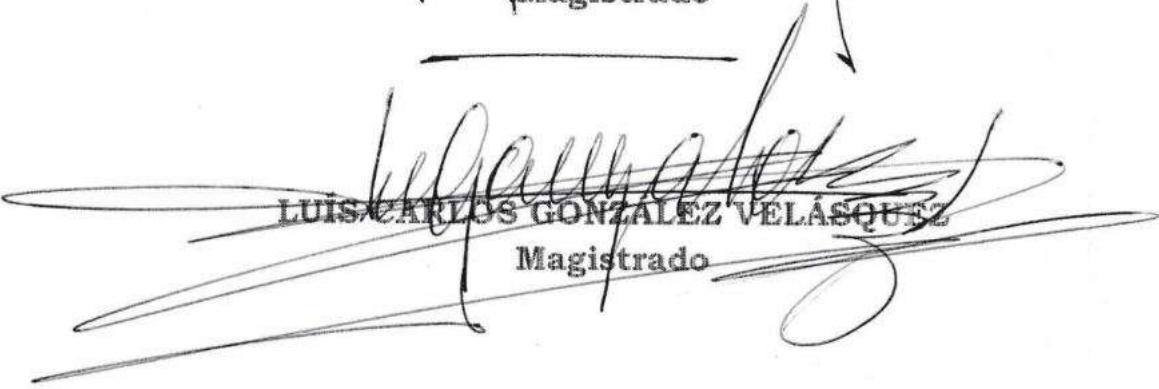
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYAN
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. 110013105029202000175-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de la parte actora, y de los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN RAFUL GALINDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Juan Raful Galindo pretende que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada en el año 2003 a través de Porvenir S.A.; que se ordene a esta última a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales

de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses; ordenando a Colpensiones a recibir los valores previamente relacionados, y actualizar su historia laboral; subsidiariamente solicita que en caso de no acceder a la ineficacia, se condene a Porvenir S.A. al reconocimiento de una mesada pensional equivalente a la que hubiese recibido en el RPMPD al cumplimiento de la edad, y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 23 de enero de 1961, y que se afilió al ISS, cotizando 148.71 semanas; que posteriormente estuvo afiliado a CAPRECOM, aportando 683 semanas.

Refiere que en el formulario de afiliación de Porvenir S.A., figura la fecha de 30 de diciembre de 2003 como fecha de traslado al RAIS, sin embargo, que en el estado de cuenta figura como primer pago el periodo de agosto de 2003; que el traslado de la AFP adolece de ineficacia, por cuando la administradora faltó a su deber de información, toda vez que no le indicaron las características propias del RAIS, sus ventajas, desventajas, el capital mínimo necesario para acceder a una pensión de salario mínimo, ni que la mesada sería inferior a la del RPMPD; adicionalmente, que no se le advirtió de la causal de prohibición legal en la que incurriría, dentro de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad para pensionarse.

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, Colpensiones en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante y la afiliación realizada al ISS. Porvenir S.A. frente a los hechos manifestó en su totalidad no ser ciertos o no constarle.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de agosto de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional que hiciere el señor Juan Raful Galindo ante la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir

S.A. el día 30 de diciembre de 2003 con efectividad a partir del 01 de febrero de 2004; declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones y rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia; ordenar a Colpensiones a recibir Porvenir S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, por concepto cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral; sin condena en costas; consultar la sentencia en caso de no ser apelada a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas y de la parte demandante interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos.

La apoderada de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación frente al numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en cuanto no se condenó en costas, aduciendo que la parte vencida debe ser condenada, al tenor del artículo 365 del Código General del Proceso.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. indica que no se comparte la decisión del despacho de declarar la ineficacia en sentido estricto de la afiliación acaecida en el año 2003, por cuanto en la sentencia se está incumpliendo el principio de la confianza legítima, el cual establece que el Estado no puede de manera súbita, cambiar las reglas de juego y menos las establecidas en la ley, y que, al desconocer en este proceso el formulario de afiliación que es un documento que se presume auténtico, no fue tachado de falso y que tiene manifestaciones de voluntad del hoy demandante, que suscribió y debió leer, es prueba suficiente para que se establezca la validez de dicho formulario, y no puede la jurisprudencia 25 años después establecer que tal documento no tiene validez porque no se muestra la información suministrada, teniendo Porvenir S.A. para el año 2003 plena seguridad de que el formulario era la única prueba que debía conservar, imponiéndose cargas imposibles de establecer.

Adicionalmente refiere que los negocios bilaterales le dan al demandante la obligación del deber de diligencia y cuidado, situación con la que no cumplió.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones interpone recurso de apelación en contra del numeral segundo de la sentencia, en lo

que tiene que ver con la devolución de cotizaciones y rendimientos, con el fin de que se incluyan también los gastos de administración, en cuanto se dilucidó la falta de información por parte de la AFP demandada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** allega alegatos de conclusión, aduciendo que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó ni se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico de traslado. Adicionalmente, que no puede desconocerse que siempre se le garantizó a la parte actora el derecho de retracto, lo que se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004.

Refieren que no es viable imponer cargas distintas a la AFP, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el actor, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La apoderada de la **DEMANDANTE**, manifiesta que la a quo desconoció el Acuerdo No. PSAA16-10554, aplicable en el presente proceso, al no imponer costas a la parte vencida.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario de afiliación firmado por el demandante fue debidamente valorado determinando si con ello se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** Si Porvenir S.A. está

obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, y **iv)** si se debe condenar en costas a las demandadas conforme lo dispone el artículo 365 del C.G.P. 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 en el ítem 11, pag. 63 del expediente digital obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por CAPRECOM a Porvenir S.A., diligenciado el 30 de diciembre del 2003, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte que absolvió el demandante, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su vinculación a Porvenir S.A., manifestó que nunca tuvo acercamiento con asesor alguno de la AFP, y que trabajaba para la empresa TELETOLIMA; que en el 2003 la entidad fue liquidada, y que se comunicaron con el y le preguntaron si quería pertenecer a un grupo de ayuda para mantener el servicio; que posteriormente se creó Colombia Telecomunicaciones, y esa empresa le dio la oportunidad de continuar laborando, quienes a las 3 semanas lo llamaron de la oficina de Bogotá, y le dijeron que necesitaban unos datos para vincularlo, que como CAPRECOM ya se acabaría, el pensó

en vincularse con el ISS, sin embargo, que le indicaron que dicha entidad también se acabaría, por lo que le nombraron varias AFP, y escogió Porvenir por cuanto tenía una oficina cerca a su casa; que no se acercó a las instalaciones de las entidades públicas para corroborar que se acabarían; que el formulario le llegó con información ya diligenciada, y no lo leyó porque traía mucha letra pequeña; que no fue coaccionado para firmar el contrato; que desea retornar al RPMPD, por cuanto en el 2016 le llegó un extracto, y se dirigió a una sucursal de Porvenir S.A., donde se dio cuenta que en realidad necesitaría de un capital para lograr una pensión.

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, la AFP no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Juan Raful Galindo 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 ella 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 adocinado 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 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 Porvenir S.A. el 30 de diciembre de 2003 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, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

En este punto conviene indicar que si bien es cierto que el fondo al cual estuvo afiliado el demandante en el RPMPD antes de su traslado al RAIS fue a CAPRECOM, toda vez que en la actualidad se encuentra liquidada, no es dable disponer su retorno a dicho fondo, sino a COLPENSIONES¹, en la medida que de no haberse producido su traslado al RAIS sería la entidad administradora del RPMPD a la que estuviera realizando las cotizaciones.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración a la cual no accedió el juzgado de primera instancia, se revocará, 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

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: *“respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”*, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley.

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 acceder a este punto de apelación. En tal sentido 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 cubre 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 ibídem-.

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.”

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura, encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria y posterior condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en

cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Así las cosas, el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, establece las tarifas de agencias en derecho regula los procesos iniciados a partir de dicha fecha, resultando aplicable en el presente caso, en cuando el proceso cuenta con fecha de radicación del año 2020, en el cual se prevé:

PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL.

En única instancia:

- a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido.*
- b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V.*

En primera instancia.

- a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario:*
 - (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.*
 - (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*
- b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V.***

En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V.

Es claro entonces que se deberá condenar en costas a la parte vencida en el proceso, situación que no se evidenció en la sentencia de primera instancia, asistiéndole razón a la apoderada de la parte demandante, habiendo lugar a acceder a su pretensión, y condenar en costas a las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. Tásense.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Juan Raful Galindo, en cuando no se accedió a la devolución de gastos de administración por

parte de Porvenir S.A. con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ORDENAR** a Porvenir S.A. a trasladar además de los emolumentos indicados en la sentencia de primera instancia, los gastos de administración, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad surtida en dicha instancia judicial.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el día 23 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en cuanto no se condenó en costas a las demandadas, para en su lugar **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en costas. Tásense.

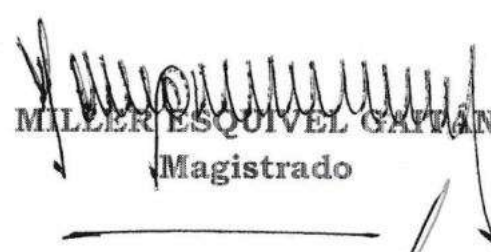
TERCERO: CONFIRMAR la sentencia proferida en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

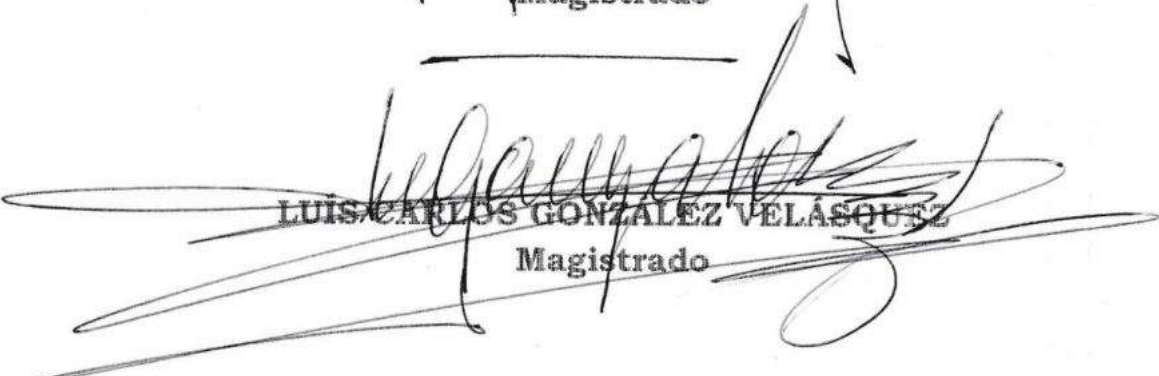
CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105014201900219-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandada AFP PORVENIR S.A. y de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **RUTH MARITZA POVEDA SERRANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

RUTH MARITZA POVEDA SERRANO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, encontrándose válidamente afiliada al RPM, y que, es beneficiaria del régimen de transición; que, en consecuencia, se condene a CESANTÍAS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES sus aportes pensionales, junto con los

rendimientos; que, se condené a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, debidamente indexada, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicita, que se declare la ineficacia y/o invalidez de los actos jurídicos que generaron su traslado al RAIS, por no documentarla clara y suficientemente acerca de los efectos que acarrearía su cambio de régimen pensional, encontrándose válidamente afiliada al RPM, y que, es beneficiaria del régimen de transición; que, en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES sus aportes pensionales, junto con los rendimientos; que, se condené a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en los términos del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, debidamente indexada, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 15 de marzo de 1957, por lo que, es beneficiaria del régimen de transición, ya que, al 1 de abril de 1994, tenía más de 35 años de edad; que, efectuó cotizaciones al RPM, a través de CAJANAL y el ISS, hasta el 25 de noviembre de 1999, cuando se trasladó al RAIS, mediante la suscripción del formulario de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A.; que, en octubre de 2000 se cambió a la AFP SANTANDER S.A., y el 30 de agosto de 2001, regresó a HORIZONTE, sin que, ni al momento de su traslado inicial, ni durante los cambios de Administradora, las AFP demandadas, le informaran las consecuencias de su decisión, ni la posibilidad de perder el régimen de transición del cual era beneficiaria.

Refiere que, no se le dio a conocer la posibilidad de retracto, tampoco se le realizó un comparativo entre uno y otro régimen pensional que le permitieran tomar una decisión debidamente informada, limitándose a asegurarle, que el ISS se iba a liquidar y sus cotizaciones pensionales podían perderse de no realizar el traslado; también le dijeron que gozaría de una pensión más alta a la reconocida por el Seguro Social y que, se podía pensionar antes de la edad mínima exigida en el RPM.

Informa que, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., una simulación o proyección del valor de su mesada pensional, donde se le advierte que recibiría el salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en el RPM ascendería aproximadamente a \$2.682.546 con una tasa reemplazo del 90% del IBC; que, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, pero obtuvo una respuesta incompleta al respecto (fls. 51-69).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD 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 las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, innominada o genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante el formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 126-134).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, imposibilidad de reconocimiento de pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación, prescripción y la innominada o genérica (fls 153-169).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de febrero de 2021, el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, señalando como consecuencia de tal declaración que siempre estuvo afiliada al RPM; declaró que, la actora, no perdió el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que la amparaba por edad y, cuyos efectos se extendieron, aun con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, por tener más de 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia de dicha norma; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES el saldo total de la cuenta individual de la demandante, incluyendo sus rendimientos.

Igualmente, condenó a COLPENSIONES, a que, una vez recibido el saldo de la cuenta individual de la demandante, por parte de la AFP PORVENIR S.A., procediera al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, por acumulación de aportes, en los términos del artículo 7 de la Ley 71 de 1988, a partir del 1 de noviembre de 2016, en cuantía inicial de \$2.462.830, junto con los ajustes de ley y mesada adicional; absolvió a COLPENSIONES del pago de intereses moratorios y en su lugar, ordenó el pago de las mesadas pensionales debidamente indexadas, desde que cada una de ellas se hizo

exigible y hasta cuando se verifique su respectivo pago; absolvió a PROTECCIÓN S.A., de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la demandada AFP PORVENIR S.A. y el demandante, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, señala que, no se debió declarar la ineficacia del traslado, pues, para el momento del traslado de la demandante, la única exigencia normativa, era que el afiliado dejara plasmada su voluntad de trasladarse de régimen pensional, en el formulario de afiliación, por lo que, esa AFP, no incurrió en ninguna omisión en su deber de información; además que, fue voluntad de la actora, permanecer en el RAIS, por más de 20 años; que, no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento, pues, esa Administradora, le brindo toda la información acerca de las implicaciones de su traslado al RAIS; que, la demandante realizó aportes voluntarios en el RAIS, con lo que ratificó su voluntad de permanecer en dicho régimen, además de haber realizado traslados horizontales a PROTECCIÓN S.A.; que, no es factible la devolución de los gastos de administración, ya que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el RPM, también se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración, que no hacen parte de la pensión de vejez y son susceptibles de prescripción, generándose un enriquecimiento de causa, para COLPENSIONES.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, manifestó que su recurso era parcial, y en relación con la normatividad aplicada al reconocimiento de la pensión de vejez, solicitando tener en cuenta la sentencia SL 1947 de 2020, donde se estableció que las personas que cotizaron en diferentes Cajas de Previsión Social y en el ISS, se le deben conmutar esos tiempos para el reconocimiento de la pensión de vejez, con base en el Acuerdo 049 de 1990, así algunas cotizaciones no se hayan efectuado en el Seguro Social o en vigencia de la Ley 100 de 1993; por lo que, el reconocimiento del derecho pensional, debe hacerse conforme a lo establecido en Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta más de 1250 semanas cotizadas, aplicándole una tasa de reemplazo del 90%.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte actora solicito confirmar el fallo ya que no se logró demostrar de manera fehaciente que se brindó una asesoría completa y se firmó de manera libre, consciente y voluntaria, además de ello que se sirva modificar el régimen aplicable es decir se aplique el acuerdo

049 de 1990 y de esta manera se aplique un monto pensional que le corresponda por el número de semanas cotizadas. A su vez, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acredite la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por la demandada AFP PORVENIR S.A. y el apoderado de la demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A; iii) si procede la devolución de los gastos de administración o si los mismos fueron objeto de prescripción; y, v) si la condena dispuesta a cargo de

COLPENSIONES por concepto de pensión de vejez se encuentra ajustada a derecho.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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 el presente caso, militan como pruebas, certificaciones de información laboral para bono pensional (fls. 4-10); formulario para trámite de emisión y/o expedición de bono pensional (fl. 11); peticiones de información presentadas por la demandante a la AFP PORVENIR S.A., con sus

correspondientes contestaciones (fls. 12-26); historia laboral válida para bono pensional (fls. 27-29); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 30-32 y 146-150); formularios solicitud de vinculación al Fondo de pensiones Obligatorias HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, diligenciados el 25 de noviembre de 1999 y el 30 de agosto de 2000 (fls. 33-34 y 124-125); historia laboral consolidada de la actora en la AFP PORVENIR S.A., (fls. 39-42); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 43-46); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 118); relación de aportes a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 119-121); consulta SIAF (fls. 122-123 y 171); certificación de traslado expedida por COLPENSIONES (fl. 151); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 152); formulario solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de pensiones y/o cesantías SANTANDER, del 28 de julio de 2000 (fl. 170); respuesta estado de cuenta Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCIÓN S.A. (fl.172).

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP 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 a la señora RUTH MARITZA POVEDA SERRANO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR 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 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 actora, a la HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 25 de noviembre de 1999, 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; sin que los posteriores cambios de Administradora, a PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER y nuevamente a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, el 10 de marzo de 2004, validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*.

En relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, 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).” (Negrilla fuera de texto)*

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e

inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Sería del caso entrar a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante, en el que solicita que, el reconocimiento de la pensión de vejez se haga a la luz de lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; de no ser porque, considera la Sala, que, al revisar dicha orden, en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la misma no se encuentra ajustada a Derecho; y, en consecuencia, habrá de revocarse, en la medida que si bien es cierto por virtud de la declaratoria de nulidad del traslado del régimen de prima media al RAIS, la entidad responsable de asumir los riegos de IVM de la actora, es COLPENSIONES, también lo es que el pago de la pensión de vejez que pueda corresponderle a ésta, no se puede ordenar al interior de esta actuación, pues se encuentra condicionado al traslado efectivo de los dineros que debe realizar la AFP PORVENIR S.A., toda vez que es con sujeción a ellos que COLPENSIONES puede proceder a actualizar la historia laboral de la afiliada, adelantar los trámites correspondientes ante los eventuales responsables de concurrir a su financiamiento y, determinar el ordenamiento jurídico que regula la prestación y le resulta más favorable; amén que, disponer el reconocimiento y pago de la pensión a cargo de COLPENSIONES, sin contar aún con dichos recursos, implicaría una afectación a su patrimonio al tener que asumir la obligación dineraria de manera inmediata sin la posibilidad de solicitar, frente al lapso de tiempo que puede transcurrir entre el reconocimiento y el recaudo de las valores a trasladar, sumas y conceptos diferentes a las ordenadas en la sentencia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A., por haberle sido desfavorable la alzada. 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: REVOCAR el ordinal cuarto la sentencia proferida el 18 de febrero de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia promovido por **RUTH MARITZA POVEDA SERRANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE**

PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

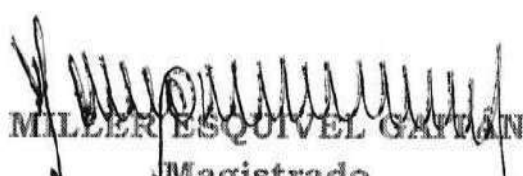
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

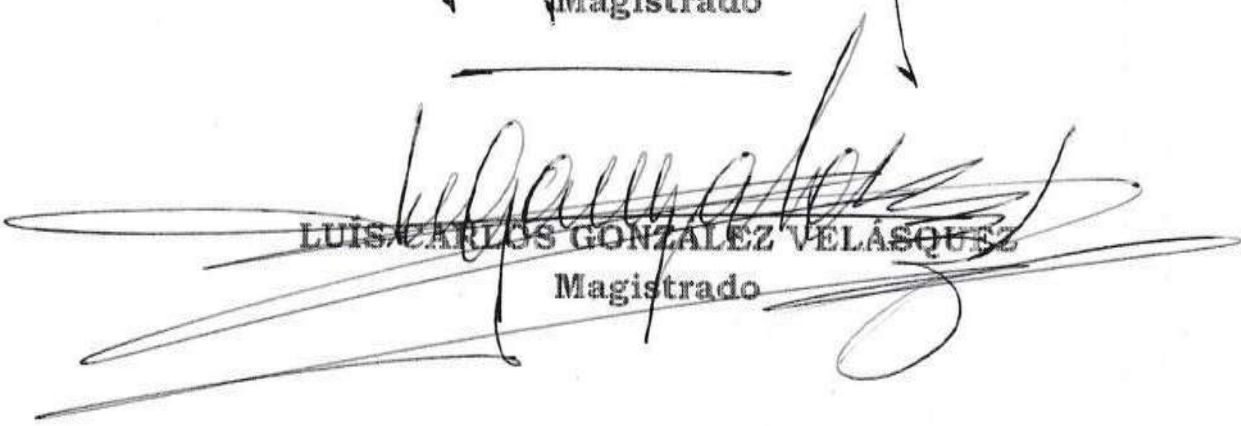
TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201900238-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 26 de marzo de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **OLGA LUCIA OLAYA PARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderada sustituta a María Alejandra Cifuentes Vargas, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 354 al 359.

ANTECEDENTES

OLGA LUCIA OLAYA PARRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR

S.A. para que, se declare la nulidad de sus afiliaciones al RAIS, y, se ordene su retorno al RPM, administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, trasladando a esa Administradora, la totalidad de los recursos correspondientes a los aportes efectuados y sus rendimientos, junto con el bono pensional si a ello hubiese lugar; que, se ordene a COLPENSIONES incorporarla a la base de datos de sus afiliados, recibiendo para tal fin la totalidad de los aportes y rendimientos remitidos por la AFP PORVENIR S.A., con destino al fondo común y procediendo a incorporar en su historia laboral la totalidad de semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 25 de octubre de 1963; que, cotizó al RPM, un total de 460,85 semanas, hasta diciembre de 1997, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación efectuada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y posteriormente, en el mes de mayo de 2000, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., donde permaneció afiliada hasta la presentación de esta demanda.

Refiere que, las AFP demandadas, recurrieron a estrategias comerciales que no corresponden con la realidad, pues, le indicaron que el valor de la pensión de vejez, sería financiada con la sumatoria del bono pensional, las cotizaciones al RAIS y sus rendimientos, lo que le permitiría conseguir una mesada igual o superior a su salario base de cotización; sin embargo, el 15 de enero de 2019, la AFP PORVENIR S.A., le elaboró una simulación del valor de la mesada pensional, indicando que, a los 57 años de edad, recibiría la suma de \$828.116, mientras que, en COLPENSIONES, tendría derecho aproximadamente a una mesada de \$2.193.000; de ahí que solicitó a COLPENSIONES, su retorno al RPM, pero obtuvo una respuesta negativa al respecto (fls. 38-67).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de imposibilidad de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, el hecho de un tercero, calidad del

demandante para conocer las consecuencias de su traslado y la innominada o genérica (fls. 78-108)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls. 115-128).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 158-174).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de marzo de 2021, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante; condenó a la AFP PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, que se encuentre o no en la cuenta individual de la demandante, y que llegaron a esas Administradoras, en los periodos en que estuvo afiliada, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones; condenó a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la actora, las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir su situación pensional; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenando en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, no quedó demostrado el suministro a la potencial afiliada, de la información suficiente, veraz y oportuna, sobre las reglas, consecuencias y riesgos que existen en cada una de las posibilidades que ofrece el Sistema General de Pensiones, lo que conlleva a la ineficacia del acto de traslado de régimen que efectuó la actora; sin que se pueda tener por convalidada o ratificada la voluntad de la demandante, de permanecer en el RAIS, por el traslado realizado con posterioridad a COLFONDOS S.A., pues, el acto se reputa ineficaz desde su comienzo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, la Juez de Primera Instancia, no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, teniendo en cuenta que COLPENSIONES, es un tercero, ajeno a los actos jurídicos celebrados entre las Administradoras privadas de pensiones y la demandante, lo cual genera efectos inter partes, razón por la que no puede ser favorecida ni perjudicada con la decisión de Instancia, y de recibir nuevamente a la actora, en el RPM, se estaría afectado gravemente el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones y la reserva destinada para el reconocimiento de tales derechos; que, la demandante, está inmersa en la prohibición de retornar al RPM, por estar a menos de 10 años para acceder al derecho pensional; solicita que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se ordene a las AFP demandadas, cancelar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados, en atención a la teoría del Derecho Civil, *“quien causa el daño, debe repararlo”*.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, aseguró no, que no procede decretar la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, pues, la norma prevé que para su declaratoria deben existir actos que impiden o atentan contra la afiliación del trabajador, como cuando se realizan actos con dolo, para evitar que éste ejerza la libre selección de régimen pensional, lo que supone la intención de causar daño, lo que no se alegó ni acreditó en el presente caso, por el contrario, quedó demostrado que la demandante, suscribió de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación al RAIS; que, el formulario de afiliación es el documento idóneo para demostrar la asesoría e información brindada a la actora al momento de su traslado de régimen pensional, por lo que no puede restársele valor probatorio, ni desconocerlo, cuando al absolver interrogatorio de parte, se pudo determinar que cada traslado realizado por la demandante, estuvo precedido de una asesoría, que, retornó conscientemente a la AFP PORVENIR S.A., demostrando que su voluntad era permanecer en el RAIS; que, los precedentes jurisprudenciales citados por la a-quo, no tiene identidad fáctica con el caso bajo estudio, porque no se le produjo a la actora un perjuicio claro y cierto, ya que, ni siquiera estaba amparada por el régimen de transición; que, la demandante, está inmersa en la prohibición de retornar al RPM, por estar a menos de 10 años para acceder al derecho pensional; que, no se deben devolver los gastos de administración, comoquiera que, la Superintendencia Financiera, así lo dispuso; que, las costas son excesivas dada la naturaleza y duración del proceso.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, advierte que, su apelación sólo es en contra del numeral segundo de la sentencia apelada, pues, esa

Administradora, ya traslado a la AFP PORVENIR S.A., todos los aportes y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la actora, razón por la cual no existe ningún emolumento pendiente de pagar; que, no sería factible devolver los gastos de administración, teniendo en cuenta las restituciones mutas, establecidas en el Código Civil, pues, la demandante, está usufructuando unos rendimientos, que no hubiese tenido de haber continuado afiliada al RPM, gracias al buen trabajo y adecuada gestión de esa AFP; que, nadie está obligado a lo imposible y no teniendo recurso alguno en la cuenta individual de la actora, mal puede realizar la devolución ordenada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, PORVENIR solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último la parte actora solicita que se confirme la decisión proferida por el A Quo ya que no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que PORVENIR entrego la información suficiente, al contrario en el interrogatorio quedó establecido que la reunión donde se vinculó al fondo fue de carácter colectivo no fue una atención personalizada, la afiliación no se realizó de manera libre y voluntaria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación

interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de las AFP demandadas; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; y, v) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

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 PORVENIR 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones, 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 sentido, al plenario se allegaron, solicitud de proyección pensional radicada por la actora en la AFP PORVENIR S.A. y su correspondiente respuesta (fls. 5-9); simulación pensional (fls. 10-13); extractos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A. (fls. 14-28); reclamación administrativa presentada en COLPENSIONES y su respuesta negativa (fls. 29-30); consulta SIAF (fl. 151); formularios solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., de fechas 12 de septiembre de 1995, 26 de octubre de 2001 y 16 de julio de 2009 (fls. 152-154); certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 155).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien manifestó que, al momento del cambio de AFP, a la demandante, se le brindó suficiente información, de forma verbal y la materialización de la misma, fue la suscripción del formulario de afiliación; que, los asesores de la AFP PORVENIR S.A., reciben capacitaciones trimestrales acerca de temas pensionales, para que, al tener contacto con los posibles afiliados, puedan dar la asesoría suficiente para efectuar los traslados.

Igualmente, la representante legal de COLFONDOS S.A., indicó que, la información relacionada con el reglamento de la AFP y plan de pensiones ofrecido a la actora, al momento de su traslado al RAIS, se encuentra impreso al respaldo del formulario de afiliación; que, la información brindada a la demandante, al momento de su traslado al RAIS, fue verbal y como consentimiento de la información recibida y las condiciones propias de ese régimen, se suscribió el formulario de afiliación; que, la actora, sólo permaneció en COLFONDOS S.A., 3 años y durante dicho lapso de tiempo puso a su alcance todos los mecanismos idóneos para tenerla informada de los movimientos de su cuenta de ahorro individual; que, al momento del traslado, se le comunicaron todas las características del RAIS, y por qué era conveniente que estuviera afiliada a esa AFP, siendo obligaciones de las otras Administradoras, exponer su portafolio de servicios y de la actora, elegir el que más le convenga; que, el asesor de COLFONDOS S.A., era una persona instruida en los regímenes pensionales, y por tanto, al momento de la afiliación, debió brindarle a la demandante, toda la información sobre el RAIS y acerca de la redención del bono pensional; que, para la época de afiliación de la actora, no existía la obligación legal de realizarle proyecciones ni cálculos del posible valor de la mesada pensional, además ésta sólo tenía

34 años y no contaba con la densidad de semanas suficiente para realizar una simulación pensional, que, en todo caso debe ser a solicitud de parte y no de oficio por la AFP.

Por su parte, la demandante, informó que, se trasladó en el año 1997, del ISS al RAIS; que, al momento de dicho cambio, le indicaron que su pensión sería superior y que el Seguro Social, seguramente iba a cerrar y pondría en riesgo sus aportes; que, la asesoría fue individual, y le dijeron que, en el fondo privado obtendría rendimientos y, por ende, su mesada pensional sería más alta; que, firmó el formulario de vinculación a la AFP, de manera libre y voluntaria; que, no retornó al RPM, porque siempre le dijeron que en el RAIS, su pensión sería más alta, tendría respaldo financiero, obtendría unos rendimientos mayores, que aumentarían sus aportes a pensión, entonces tenía la certeza que las Administradoras privadas de pensiones, le garantizarían una pensión más alta; que, en año 2019, le solicitó a la AFP PORVENIR S.A., una proyección del valor de la mesada pensional, cuando cumpliera los 57 años de edad, y le indicaron que recibiría un salario mínimo legal mensual vigente; que, recibió los extractos de su cuenta de ahorro individual; que, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., porque su asesor se lo recomendó, porque esa Administradora, estaba generando más rendimientos, por el respaldo financiero de PORVENIR; que, en ese momento consideró suficiente la información brindada y confió en lo dicho por el asesor, por eso decidió cambiarse de AFP.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 OLGA LUCIA OLAYA PARRA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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, existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 24 de noviembre de 1997, efectiva a partir del 01 de enero de 1998, 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; sin que el posterior cambio de Administradora, a la AFP PORVENIR S.A., validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, considera la Sala, que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, dado que las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., se muestran inconformes con la orden impuesta a esas Administradoras, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, basta indicar que ninguna razón les 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).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que finca su inconformidad la AFP PORVENIR S.A., no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 26 de marzo de 2021, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **OLGA LUCIA OLAYA PARRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

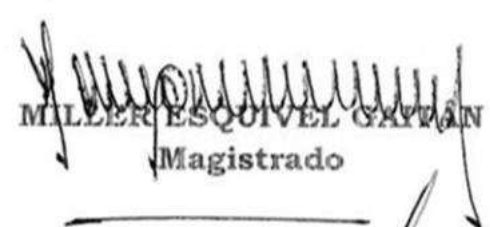
PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

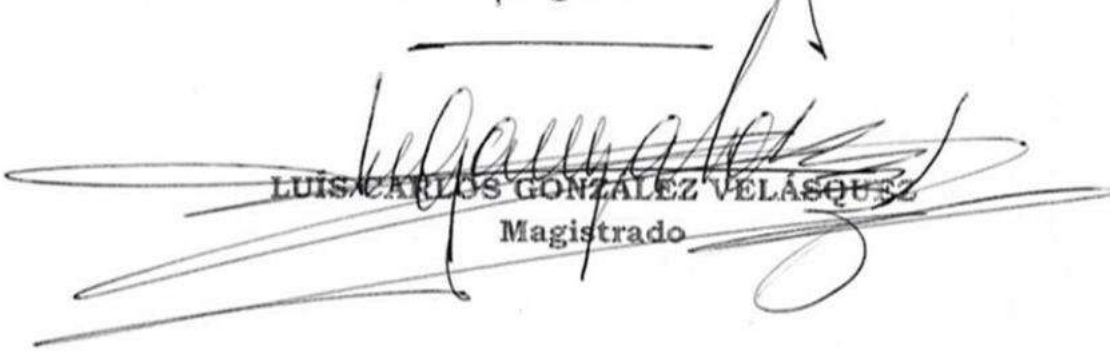
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105034201900244-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ISABEL DE LOS MILAGROS ABELLO ALBINO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Cindy Brillith Bautista Cárdenas, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.022.361.225 y tarjeta profesional 237.264 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Jessica Fernanda Girón Sánchez, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.049.635.136 y tarjeta profesional 368.140 del C.S.J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Isabel de los Milagros Abello Albino promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad de la afiliación o traslado efectuado a RAIS por haber existido un vicio en el consentimiento; que se declare sin solución de continuidad su afiliación al ISS hoy Colpensiones; que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes y rendimientos acreditados en la

cuenta de ahorro individual a Colpensiones; que una vez cumpla con los requisitos de ley sea pensionado bajo el RPMPD, y se condene a las demandadas al pago de las costas.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que inició su vida laboral en septiembre de 1986, afiliándose al ISS, sin embargo, que para el mes de febrero de 1994 se trasladó a Porvenir S.A., a través de un asesor comercial, quien le manifestó que de acuerdo con su historia laboral, lo mejor era que se vinculara a dicho fondo, y que su pensión mejoraría, sin que se le hubiese brindado una información real, completa, clara y comprensible, acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas, aunado a que no se le realizaron proyecciones pensionales.

Que pese a solicitar su cambio de régimen a Colpensiones el 19 de febrero de 2019, el mismo es negado por encontrarse a menos de 10 años de poder adquirir su derecho a la pensión de vejez.

CONTESTACIONES 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, Colpensiones en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la afiliación al ISS, y la negativa de retornar a Colpensiones por encontrarse a menos de 10 años de pensionarse; Porvenir S.A. manifestó en su totalidad no ser ciertos o no constarle.

PORVENIR S.A. propuso la excepción previa de falta de competencia, y como de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la nulidad del traslado realizado el 31 de agosto de 1995 por la señora Isabel de los Milagros Abello Albino del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A.; condenar a Porvenir S.A. a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus

frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado; declarar no probadas las excepciones propuestas; condenar a Colpensiones a recibir todos los valores que reintegre con motivo de la afiliación de la demandante, condenando en costas a Porvenir S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

COLPENSIONES aduce que en el presente caso se esta hablando de una ineficacia, en donde nada tuvo que ver dicha representada, pues como se expuso, la afiliada se encontraba afiliada a Cajanal, y que, al realizar la vinculación a Porvenir S.A., pudo hacerlo al RPMPD, demostrando su voluntad de permanencia dentro del mismo.

Que si bien la característica principal de los procesos de nulidad es volver las cosas a su estado original, lo cierto es que al haberse encontrado la actora afiliada a Cajanal, entidad que ya se encuentra liquidada, es Colpensiones la que está manejando el régimen público, por lo que, si bien se refiere en la sentencia de primera instancia que no se evidencia la descapitalización del sistema financiero, debe tenerse en cuenta la manera en como se administra al ser un fondo común, el cual se está viendo deteriorado, aunado a que a los afiliados del RAIS se les está permitiendo el retorno, pese a encontrarse dentro de la prohibición legal, situación en la cual se encuentra la demandante.

PORVENIR S.A. solicita revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto para resolver el fondo el presente asunto, el juzgado toma como base, la declaratoria de nulidad del acto jurídico de traslado de régimen pensional de la demandante, sin embargo, que la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en que estos casos se deben mirar a la luz de la ineficacia, como quiera que el mismo se refuta plenamente válido, sin que obre en el expediente existencia o causal que conduzca a declarar como nulo el acto jurídico de traslado de régimen pensional, máxime cuando la entidad cumplió con los deberes en materia de información que le eran atribuibles.

Adicionalmente, que la posición de la a quo fue declarar la nulidad, y que por ende se retrotraigan las cosas a su estado original devolviendo a la demandante al RPM, no se entiende como argumento de decidir sobre la excepción previa, aduciendo el despacho que no era Colpensiones la entidad competente para presentar la reclamación administrativa, como quiera que no era la entidad a la que se encontraba afiliada, y en ese entendido, se pone de presente que todas esas entidades públicas fueron absorbidas por Colpensiones.

El apoderado aduce que se aparta de la condena de devolver conjuntamente los rendimientos financieros, gastos de administración, como quiera que los efectos de la ineficacia o nulidad es tener como que el negocio jurídico no se realizó, es decir, no podrían devolverse unos rendimientos que son privativos del RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, indicando que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que impide el traslado dentro de los fondos, cuando les falte 10 años o menos para la edad de pensión, máxime, cuando al solicitar el traslado a dicha administradora, no gozaba si quiera de una expectativa pensional.

Refiere que, si bien es cierto que no existe prueba de la información suministrada más que el formulario de afiliación, ello no quiere decir que no se le hubiese informado de manera suficiente y oportuna lo referente al traslado.

Por otra parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** allegó alegatos de conclusión, aduciendo que el fallador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, y que no tuvo en cuenta que el traslado efectuado reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación 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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **vi)** si lo procedente era declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad por ser situaciones distintas. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 en la página 34 del ítem 2 del expediente obra solicitud de vinculación y traslado del RPMPD administrado por Cajanal (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹ a la AFP Horizonte diligenciado el 31 de agosto de 1995, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien indicó haberse encontrado vinculada a Cajanal; que se vinculó a Porvenir, por cuanto los asesores de la AFL le indicaron que posiblemente Cajanal se acabaría y que si se trasladaban a un fondo privado, se podrían pensionar con una mejor mesada; que no se realizó reunión informativa, y que lo único que se indicó, es que el fondo del RPM se acabaría; que la reunión se hizo de manera individual; que el formulario

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

se diligenció conjuntamente; que no le entregaron el reglamento de Porvenir S.A.; que no analizaron su historia laboral, ni efectuaron ningún tipo de revisión documental; que recibe los extractos de su cuenta, los cuales no revisó; que cuando sus compañeros empiezan a pensionar, se da cuenta del tema mediático, sobre lo que sería la mesada pensional con el fondo privado; que no se acercó a Cajanal para corroborar que en efecto se acabaría, pero que era información que ya estaba en los medios de comunicación; que tiene conocimiento de los requisitos para pensionarse con Colpensiones; que tiene claro que en el régimen privado, su mesada es mucho menor; que el asesor de Porvenir S.A. no le indicó que pasaría con sus aportes efectuados a Cajanal; que no se le informó sobre la posibilidad de realizar aportes voluntarios; que no le informaron que podría pensionarse antes de la edad requerida; que su motivación para retornar a Colpensiones, es el valor de la mesada.

Asimismo, se recibió interrogatorio de parte de la representante legal de Porvenir S.A., quien indicó únicamente tener conocimiento del presente proceso y de la contestación emitida por la entidad, con respecto a la afiliación de la demandante; que además del formulario, no existe otra constancia documental de la información que le fuere suministrada, y que la misma se le otorgó verbalmente; que no le consta que se le haya realizado una mesada pensional a la actora; que todos los asesores se encontraban capacitados en el sistema de pensiones.

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 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 a la señora Isabel de los Milagros Abello Albino 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.

En efecto, la principal consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen corresponde a la de retrotraer los efectos de dicho traslado a la fecha en el que se produjo, dando lugar, por consiguiente, a que para el sub examine se considere que la actora sigue siendo afiliada al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil.

Bajo tal entendido, aun cuando en términos del artículo 271 de la Ley 100 de 19931, lo propio es tener por ineficaz el traslado de régimen, no se incurre en error cuando se acude a la declaratoria de la nulidad, ya que una y otra aparejan como consecuencia que dentro de los dineros que se ordena devolver, por cuanto desde el surgimiento del acto ineficaz, tales recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, como acertadamente lo dispuso la a quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

*“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, **o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás**» (CSJ SC3201-2018).*

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido

el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo 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)."

Por lo tanto, 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, es procedente el traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES, como quiera que sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

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 Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. el 31 de agosto de 1995, 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás valores adicionales, 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 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.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ISABEL DE LOS MILAGROS ABELLO ALBINO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

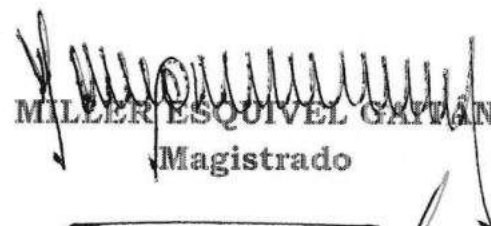
CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

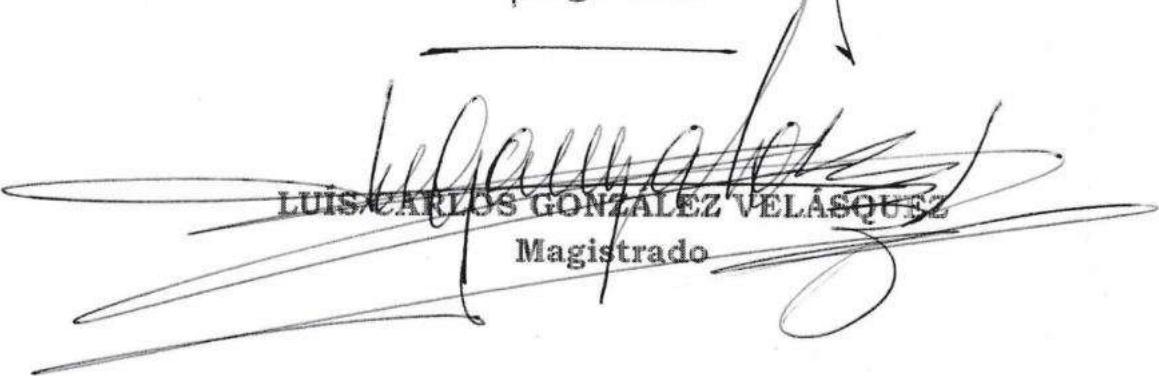
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ 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. 110013105015202000254-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Luis 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 29 de julio de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARIA JOVITA VARGAS RODRIGUEZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada sustituta de PORVENIR S.A a la abogada NEDY JOHANA DALLOS PICO en los términos y para los efectos del poder conferido que milita a folios 9 al 14 .

ANTECEDENTES

MARIA JOVITA VARGAS RODRIGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A

PENSIONES Y CESANTÍAS para que se declare la ineficacia de los traslados del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS ante la omisión del deber de informar con prudencia, pericia de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión, asimismo, se declare que siempre ha permanecido en el RPMPD administrado por COLPENSIONES advirtiéndole que no existió solución de continuidad en la afiliación; y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A a la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo que estuvo en poder de las AFP, se ordene a COLPENSIONES a reactivar la afiliación considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPD, asimismo a recibir los aportes y rendimientos devueltos por PORVENIR S.A y a actualizar y corregir la historia laboral, costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 1° de noviembre de 1953; se afilió al ISS hoy COLPENSIONES hasta noviembre de 1999; firmó formulario de traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A el 1° de noviembre de 1999; en el momento del traslado el asesor no le explicó la naturaleza propia del RAIS, ni sus características, tampoco sus diferencia con el RPMPD, entre otros aspectos; se trasladó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS el 15 de marzo de 2002 sin haber recibido ninguna información sobre características, ventajas y consecuencias de los regímenes pensionales; fue trasladada a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A desde el 20 de agosto de 2004 sin haber recibido durante todo el tiempo que ha realizado cotizaciones una asesoría por el personal capacitado de la AFP; y no le informaron sobre el derecho de retracto; (fls 4-21 sub PDF 7 fls 10-27).

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, su afiliación a cada una de ellas.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS: propuso las excepciones que denominó como buena fe, la genérica, compensación y pago. (PDF 21 fls 1-13)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: planteó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (PDF 23 fls 1-34)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (PDF 25 fls 1-8)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de julio de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS el día 30 de septiembre del año 1999, y como consecuencia de lo anterior ordenó a PORVENIR S.A., donde actualmente se encuentra afiliada que traslade los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual al RPMPD administrado por COLPENSIONES, y a esta entidad que reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas al RPMPD, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al RAIS dada la consecuencia natural de esta ineficacia; absolvió a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y declarando en su favor demostrada las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido; sin condena en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria del fallo como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional pues se hizo de manera libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación, no existiendo una posición dominante del fondo quien cumplió con el deber del buen consejo habiendo contado múltiples oportunidades para regresar al RPM.

Entre tanto, la parte actora solicita la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta. No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consultaalzada 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).

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 PDF 33 fl 83 la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 30 de septiembre de 1999 con efectividad a partir del 1° de noviembre del mismo año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio PDF 21 fls 98, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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 PORVENIR 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 a la señora MARIA JOVITA VARGAS RODRÍGUEZ 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 PORVENIR 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 PORVENIR S.A el 30 de septiembre de 1999 con efectividad del 1 de noviembre 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.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales,*

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

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 la 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 29 de julio de 2021 por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MARIA JOVITA VARGAS RODRIGUEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS conforme a 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

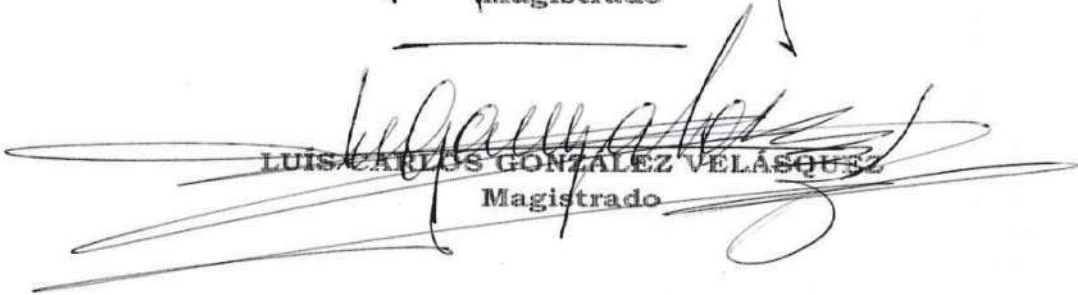
Los magistrados



JOSÉ WILLIAM 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.
110013105007201900288-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Luis 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 los apoderados de COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIO ANDRES DURAN FLOREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, en los términos de los poderes otorgados (fls. 13-16).

ANTECEDENTES

CLAUDIO ANDRES DURAN FLOREZ, 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 a COLPENSIONES a tenerlo como afiliado como si nunca se hubiera ido de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, se ordene a PORVENIR S.A 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 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 por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado, asimismo se condene a ésta entidad a seguir pagando la misma hasta tanto sean trasladado por el fondo todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluido en nómina de pensionados por éste; pago de costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 18 de mayo de 1988; se trasladó a PORVENIR S.A el 12 de abril de 1994; en el momento de la asesoría no le entregaron proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de la mesada pensional en ambos regímenes; no le informó hasta qué edad debía cotizar en en la AFP y con qué salarios; ni con cuanto capital podrá acceder a una pensión mínima en el RAIS; tampoco sobre el derecho de retracto; entre otros aspectos; las AFP publicaron información que indicaba que en el RAIS se podía pensionar a más temprana edad, que la mesada pensional era más alta en las AFP, que iba a tener rendimientos financieros y que el ISS iba a desaparecer; por lo cual elevó solicitud de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negadas; el monto de la pensión en el RPMPD sería de \$1.602.404 y en el RAIS de \$781.242 generando una diferencia de \$821.162; actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A. (fl. 5-68)

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 y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con su afiliación al sistema de seguridad social de pensiones, las solicitudes elevadas a COLPENSIONES con su respectiva respuesta y que actualmente.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratorio y la genérica. (fl 380-425)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls 487-530)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de junio de 2021, el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado con la AFP PORVENIR S.A el 12 de abril 1994, condenó a PORVENIR S.A a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES, igualmente PORVENIR S.A deben incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados, ordenó a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPMPD desde su afiliación inicial al ISS, declaró no probadas las excepciones presentadas por las demandadas, condenó en costas al fondo demandado y a favor de la demandante, las agencias en derecho se tasaron en la suma de 2 SMMLV al momento del pago a cargo de PORVENIR S.A, no hay lugar a condena en costas a cargo de COLPENSIONES.

RECURSOS 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 ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES–, porque en el expediente no obra prueba alguna que demuestre un vicio del consentimiento, asimismo la carga probatoria no puede recaer solamente en el AFP y que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza del demandante encontrándose una obligación recíproca como aprovechar los mecanismos de divulgación de información y de la capacitación para conocer el sistema general de pensiones, como se pudo evidenciar en el interrogatorio de parte que no utilizó esos mecanismos para poder también conocer esas obligaciones que tenía respecto del traslado que estaba haciendo, cabe mencionar que está incurso en la prohibición legal y no es viable que pretenda ahora una nulidad del traslado después de que observó que la pensión no estaría acorde a sus aspiraciones económicas, por lo que debe someterse a las condiciones del sistema como lo admitió al firmar el formulario de afiliación, finalmente frente al principio de descapitalización pensional se debe hacer un estudio teniendo en cuenta que esto afectaría la sostenibilidad financiera.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., en tanto considera que se le brindó información completa, clara y comprensible, además que no se probó dolo o que el asesor en el momento del traslado hubiere querido causar algún tipo de error o engaño por el contrario quiso ofrecerle una alternativa adicional al ISS que efectivamente estaba pasando por una crisis económica, por lo que el demandante haciendo uso de su libertad de escogencia se vinculó con la AFP después de haber sido válidamente informado, igualmente que para dicha

época no existía el deber de documentar solamente bastaba el formulario de afiliación lo cual lo hizo PORVENIR S.A, asimismo ha permaneciendo por 26 años evidenciándose la intención de querer estar en el RAIS y que conoce este régimen, cabe mencionar que está inmerso en la prohibición legal por lo que no es aceptable que se escude en la falta de información porque su plan de pensión no estuvo acorde a sus aspiraciones, en cuanto a los gastos de administración no son un emolumento que le corresponda al afiliado ya que no financia la prestación de vejez siendo descuentos permitidos por la ley y por último sobre la indexación no se encuentra dentro de las pretensiones o hechos de la demanda ya que si hablamos de las facultades ultra y extra petita se debe encontrar debatido dentro del proceso y en este caso no es así.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido, PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados. Por su parte, COLPENSIONES también solicitó la revocatoria porque el afiliado se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD debido a su edad, además que no acreditó vicios en el consentimiento, ni tampoco soportó la carga de la prueba que le asistía respecto al deber de información, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario de afiliación firmado y el interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la permanencia en el RAIS por 26 años sana la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si PORVENIR S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como sumas adicionales tales como los rendimientos, **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 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 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 99 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 12 de abril de 1994, 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 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, que se encontraba trabajando en una empresa de telecomunicaciones donde prestaba el servicio de técnico, en el año 1994 por medio de las noticias y de rumores decían que se iba acabar el ISS llegó una señora que representaba a PORVENIR S.A y que era familiar del gerente en ese momento, hizo una reunión informativa para 5 personas en 10 minutos, luego llamaban a cada uno y ya tenían los formularios listos y solo lo debían firmar, les informaron que el ISS se acabaría y que les tocaba pasarse a otro fondo, prácticamente les toco porque así le dijo la empresa, él siempre se había querido pensionar con 2 o 3 SMLMV por lo que ha cotizado sobre ese valor creyendo que con un alto porcentaje se iba a pensionar con un monto igual o superior dependiendo del esfuerzo que hiciera, luego empezó a trabajar como independiente entonces cotizaba sobre salarios altos para cuando se pensionara tener un salario digno para su vejez, a través de una conversación que tuvo con un pasajero en su taxi le dio curiosidad por informarse de cuanto seria el monto de su pensión y fue cuando por medio de un abogado se asesoró, cuando vio la proyección de su pensión se sintió engañado porque siempre había cotizado sobre \$3.000.000 y le descontaban \$841.000 para el pago de salud y pensión, le informaron que ni siquiera le alcanzaba para un SMLMV, no le informaron sobre el derecho de retracto ellos guardaron un silencio total, no leyó el formulario de afiliación, se sintió coaccionado porque la asesora de PORVENIR S.A era familiar de uno de los dueños de la empresa,

no se acercó ni llamó a las oficinas del ISS, él pensó que era lo mismo el ISS que el PORVENIR S.A no sabía que tenía tantas diferencias y tampoco se lo explicaron.

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 CLAUDIO ANDRES DURAN FLOREZ 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, no saneándose por la simple permanencia en el RAIS.

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 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 PORVENIR S.A el 12 de abril 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 RAIS desde el año 1994 genere 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.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de COLPENSIONES.

De otra parte, 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.

Se debe agregar que, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación del fondo demandado. En tal sentido 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 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.”

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

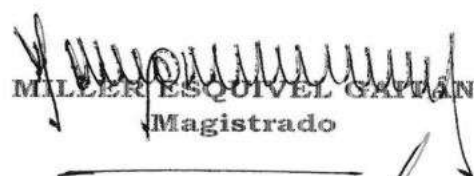
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de junio de 2021 por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CLAUDIO ANDRES DURAN FLOREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

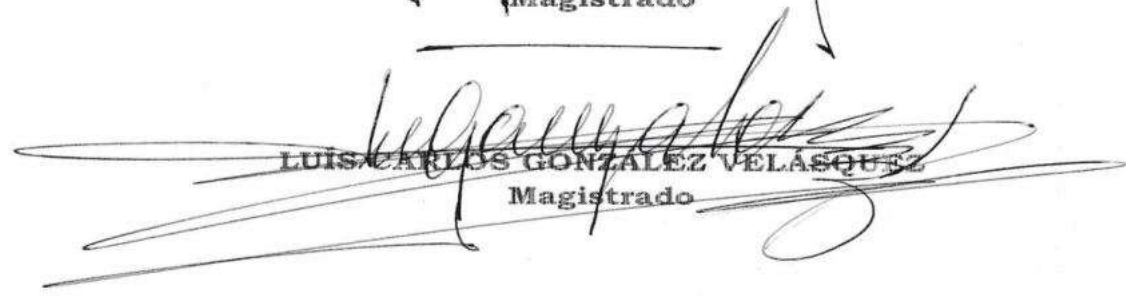
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027201900303-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA ISABEL BOTERO ALVAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARTHA ISABEL BOTERO ALVAREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS, o de manera subsidiaria, su ineficacia; y, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados; que, se condene a COLPENSIONES a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 17 de agosto de 1961; que, comenzó a cotizar al sistema General de Pensiones, el 6 de abril de 1984, con el empleador Clínica San Juan de Dios y, posteriormente, en el mes de abril de 1994 se afilió al ISS hoy Colpensiones, hasta abril de 1997, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP COLPATRIA.

Indica que, al momento de su traslado no fue asesorada o informada por COLPATRIA, de manera clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este régimen y en general las implicaciones que esa decisión tendría en sus derechos pensionales; que, realizada una proyección del valor aproximado de su mesada pensional en el RAIS, la misma ascendería a la suma de \$1.001.600, mientras que en el RPM, sería de \$4.129.162, razón por la que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, petición que fue resuelta desfavorablemente (fls. 4-18).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho a regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (fls. 85-102).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 125-143).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de marzo de 2021, el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de del traslado de la demandante al RAIS; condenando a las AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual; ordenó a COLPENSIONES, afiliar nuevamente a la actora, al RPM, y recibir las

cotizaciones provenientes de la AFP PORVENIR S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas, condenando en costas a la demandada AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, y se absuelva de todas las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que, no le asiste al a-quo, la razón al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la actora, por falta al deber de información, cuando esa Administradora, no estaba obligada a brindar la misma, teniendo en cuenta que, siempre se ciñó a la normativa vigente para la época, sobre el particular; que, no existía exigencia diferente al formulario de afiliación, para acreditar la información brindada al afiliado y tener como válido el traslado, realizado de manera libre y voluntaria, después de haber recibido una información veraz y oportuna en cuento al RAIS; que, en ningún momento la demandante, fue engañada, pues, de acuerdo o lo manifestado por ella, al absolver interrogatorio de parte, efectivamente el Instituto de Seguros Sociales se liquidó en el año 2012 y de acuerdo a lo informado por el asesor en su momento, ella tendría acceso a un bono pensional, que le incrementaría el valor de la pensión de vejez; que, deben tenerse en cuenta las normas relativas al saneamiento de los vicios del consentimiento, por la ratificación tácita, figura que operó en el presente caso, de manera automática, ya que, la demandante, efectuó aportes en el RAIS, por más de 20 años, lo que indica que estaba conforme en este régimen; que, no se puede obligar a esa Administradora, a aportar documentos que para el momento de traslado de la actora, no estaba en la obligación de dar, ni menos aún sabía que en un futuro iba a necesitar.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumenta que, la actora, como consumidora financiera, tenía la obligación de revisar sobre qué se trataba el tema del traslado de régimen pensional, pues, nunca se preocupó en su momento, por acercarse a las oficinas de COLPENSIONES o a la AFP PORVENIR S.A., para preguntar por sus temas pensionales; que, el traslado por ineficacia implica que COLPENSIONES, en un futuro deberá responder por el reconocimiento de la pensión de vejez, que generaría un desbalance financiero y fiscal, que no se previó en la sentencia; además que, al momento del traslado de la demandante, al RAIS, COLPENSIONES, no intervino en ese negocio jurídico, sino que es un ente totalmente ajeno al mismo y mal puede verse afectada por esa carga prestacional de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta. Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley. Finalmente, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria Proceso Ordinario Rad. 110013105015201900212-01 NESTOR FEDERICO GUTIÉRREZ PÉREZ VS COLPENSIONES Y LA AFP PORVENIR S.A. 4 del fallo como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado del régimen pensional pues se hizo de manera libre, voluntaria y consciente tal y como se expresa en el formulario de afiliación, no existiendo una posición dominante del fondo quien cumplió con el deber del buen consejo habiendo contado múltiples oportunidades para regresar al RPM.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A., y, iii) si el retorno de la demandante, al RPM, puede alterar el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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 a la Administradora privada de pensiones, 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 el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 20-22); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 23-25); reclamación administrativa radicada por la actora ante COLPENSIONES y su respuesta negativa (fls. 26-36); respuesta negativa de la AFP PORVENIR S.A., a la solicitud de nulidad de traslado presentada por la actora (fls. 37-38); formulario solicitud de afiliación y traslado a la AFP COLPATRIA, suscrito el 09 de abril de 1997 (fl. 39 y 145); extracto del fondo de pensiones obligatorias de la AFP PORVENIR S.A. (fls. 40-44); simulación pensional

elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 45-46); expediente administrativo de la demandante en COLPENSIONES (CD fl. 84); consulta SIAF (fl.144).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 1997, tenía la intención de afiliarse a una medicina prepagada, entonces contactó con COLPATRIA, un día recibió en su oficina la visita de un asesor de esa Administradora, quien le ofreció trasladarse del ISS a esa AFP, por ser la mejor opción para ella, que, recibiría un bono pensional que pasaba a COLPATRIA; que, además de los comentarios que corrían acerca del cierre del Seguro Social, el asesor también le dijo que el ISS se acabaría y por eso le convenía trasladarse; no le explicaron en ese momento qué podía pasar con sus cotizaciones en caso de fallecimiento, ni tampoco le explicaron la posibilidad de realizar aportes voluntarios; que, firmó voluntariamente el formulario, limitándose a verificar que sus datos personales estuvieran correctos y procedió a firmar; indicó que recibió extractos, pero realmente lo único que verificaba era que su empleador hubiese hecho los aportes respectivos; desconoce si sus aportes generaban rendimientos; que, en última etapa laboral, en la oficina de Recursos Humanos, del lugar donde trabajó le aconsejaron hacer aportes voluntarios, ahí se enteró de esa posibilidad y como tenía un cargo mejor, los efectuó; que, nunca se acercó a COLPENSIONES, para averiguar por su situación pensional, porque no vio la necesidad, estaba tranquila hasta cuando cumplió la edad de pensión y se acercó a la AFP PORVENIR S.A., y se enteró de que su mesada pensional sería muy baja en relación con los ingresos que había tenido en toda su vida laboral, ahí se sintió engañada, siendo su motivación para solicitar su retorno al RPM, la calidad de vida que no podría conservar de permanecer en el RAIS.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP COLPATRIA hoy 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 a la señora MARTHA ISABEL BOTERO ALVAREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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. Aclarando igualmente la Sala, que, el conocimiento que de forma general manifestó tener la demandante acerca de las características del RAIS, no constituye una confesión en su contra, ni es plena prueba suficiente para demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR S.A., ya que, como quedó demostrado, dicha AFP, no se le brindó a la actora, una asesoría personalizada, donde teniendo en cuenta sus condiciones particulares edad, semanas cotizadas, núcleo familiar, entre otras, se le explicara la conveniencia o no de efectuar el traslado del régimen pensional.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR 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 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 actora a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA S.A., el 09 de abril de 1997, 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.

Por otro lado, ha de señalar igualmente esta Sala, que, al declarar la ineficacia del traslado de la actora al RAIS, la decisión de Primera Instancia, contrario a lo manifestado por el apoderado de COLPENSIONES, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 15 de marzo de 2021, por el Juzgado veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA ISABEL BOTERO ALVAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

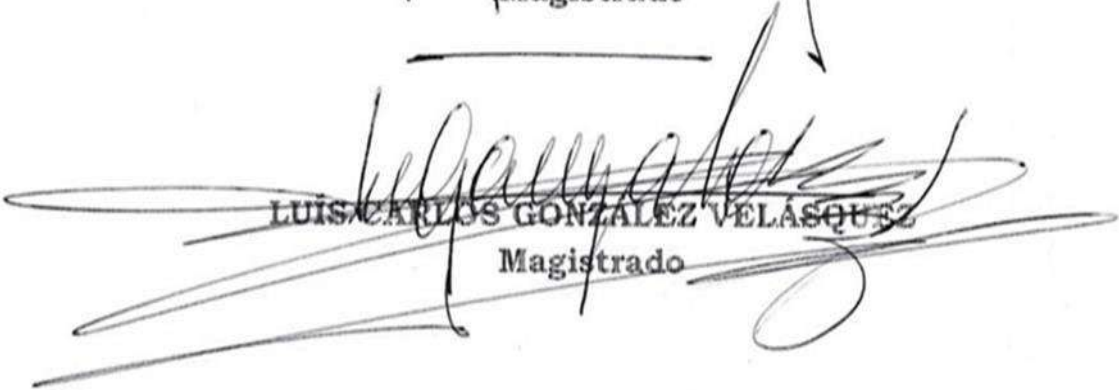
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.oo., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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. 1100131050272201900326-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 recurso de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MARIA TERESA MONROY VARGAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta al Doctor DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA en los términos y para los efectos de los poderes a ellos otorgados obrantes a folios 465-468.

ANTECEDENTES

MARIA TERESA MONROY VARGAS, pretende que se declare la anulación y/o ineficacia de la afiliación al RAIS ante la omisión de PORVENIR S.A al deber profesional de información; y como consecuencia, se ordene su traslado y afiliación a COLPENSIONES como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, se ordene a PROTECCIÓN S.A devolver a COLPENSIONES

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 con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art 963 del C.C, se condene a PROTECCIÓN S.A a seguir pagando la pensión hasta tanto sean trasladados todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados por este, costas y agencias en derecho, lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 2 de abril de 1995; se afilió a PORVENIR S.A el 8 de enero de 1999; en el momento del traslado el asesor solamente se limitó a llenar un formato preestablecido, no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión en ambos regímenes, no le informó hasta qué edad debía cotizar en el RAIS y con qué salario para alcanzar una pensión equivalente a la del RPMPD, tampoco cuánto era el capital ahorrado para tener una pensión de salario mínimo en el RAIS, ni le explicó el derecho de retracto, entre otros aspectos; las AFP publicaron que la gente se podía pensionar a temprana edad a diferencia del ISS, que la mesada pensional sería más alta en el RAIS, que el capital ahorrado tendría un rendimiento y que el ISS iba a desaparecer; se trasladó a PROTECCIÓN S.A; ha elevado solicitudes de anulación del traslado a las demandadas siéndole negadas; en el evento de haber seguido en el RPMPD su mesada pensional sería de \$2.216.881 pero en el RAIS es de \$781.242 y en el RPMPD evidenciándose una diferencia de \$1.435.639; actualmente se encuentra afiliada a PROTECCIÓN S.A. (fls 3-39)

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 manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo su afiliación a cada una de ellas y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 287-306)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls 339-370)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de 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 387-399 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de agosto de 2021 el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A y el posterior traslado horizontal efectuado entre administradoras del RAIS, condenó a PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual como aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentre o no en la cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, condenó a PORVENIR S.A a que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas por cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliada en dicha entidad, se condene a COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladado por PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, condenó a PORVENIR S.A en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho, no condenó en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A ni a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

COLPENSIONES: para que se revoque de manera parcial el fallo proferido frente a la declaratoria de nulidad de la afiliación considerando que la carga probatoria debe estar en cabeza de quien está aduciendo el hecho, en este caso la demandante, pues hay una desproporcionalidad probatoria en el sentido que no es viable que con la sola manifestación de un hecho éste se dé por cierto y no se tenga la carga de demostrarlo, se debe tener en cuenta el interrogatorio de parte donde asegura haber firmado el

formulario de afiliación de una manera consciente, libre y voluntaria que conlleva a un traslado válido y más si se continuo con posterioridad a otro traspaso horizontal, asimismo no manifestó su inconformidad y recibió los extractos lo que puede conllevar a que realmente quería permanecer en el RAIS, resaltando que la motivación de este proceso es meramente económica y no por el deber de información.

PROTECCIÓN S.A: solicita se revoque de manera parcial frente a la devolución de las comisiones de administración y el seguro previsional, teniendo en cuenta que son descuentos que están permitidos por la ley, además que si se declara la nulidad la consecuencia jurídica sería que las cosas vuelvan a su estado anterior y esto se generó como producto de una buena gestión por lo que en ese sentido solo hay lugar a que se trasladen los aportes sin ningún otro emolumento causado por la buena administración, en cuanto al seguro previsional se descontó y se le pagó a una aseguradora para que en caso de que hubiese existido un siniestro de invalidez y sobrevivencia este pagara una suma adicional que financiara la pensión por dicho concepto actuando como un tercero de buena fe.

PORVENIR S.A: porque respecto al deber de información para el momento del traslado no era obligatorio brindarlo en los términos ordenados, ya que la única exigencia establecida era que la afiliada expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario, además que el paso del tiempo y la permanencia de la actora en el RAIS es la confirmación de su deseo de la vinculación que realizó de manera libre y voluntaria, habiéndosele brindado una asesoría oportuna y completa sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones, contrario a lo manifestado en su interrogatorio de parte, luego en el año 2013 nuevamente una reasesoría en donde le informó la posibilidad de trasladarse del RAIS al RPMPD por ser más beneficioso para ella, sin embargo ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, finalmente frente a los gastos de administración no es viable su traslado a COLPENSIONES porque no están llamados a financiar la pensión de vejez y por ello puede predicarse su carácter de prescriptible, lo que también traería como consecuencia un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal concedido, PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados. Por su parte, COLPENSIONES también solicitó la revocatoria porque la afiliada se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD debido a su edad, además que no acreditó vicios en el consentimiento, ni tampoco

soportó la carga de la prueba que le asistía, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario y el interrogatorio de parte son pruebas suficientes de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si la eventual nulidad quedó saneada por la reasesoría brindada, y **v)** Si PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A están o no obligadas a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como los rendimientos y gastos de administración. 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 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 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 374 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 8 de enero de 1999 con fecha de efectividad 1º de marzo del mismo año, lo cual

igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 373, 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 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, que fue de manera grupal en el ministerio de ambiente realizaron una reunión que duró 20 minutos, allí le informaron que iba a tener unos mejores beneficios como descuentos en algunos productos y que el ISS se iba acabar, no había la oportunidad de realizar preguntas, en el momento de la asesoría no le informaron que se podía pensionar de forma anticipada, ni que era heredable, tampoco sobre los aportes voluntarios, el asesor fue quien diligenció el formulario no le mencionó nada de beneficiarios sino le pregunto por quién era su cónyuge, sus hijos y sus datos personales, no se acercó a ninguna oficina a informarse, si recibió de manera periódica los extractos, pensó que el RAIS y RPMPD tenían las mismas características pero con diferente nombre, actualmente no se encuentra pensionada por PROTECCIÓN S.A.

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 a la señora MARIA TERESA MONROY VARGAS 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 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 8 de enero de 1999 con efectividad a partir del 1 de marzo de ese 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS 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 ella 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 mismo, en cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele a la demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 cubre 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.”

Asimismo, 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.

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

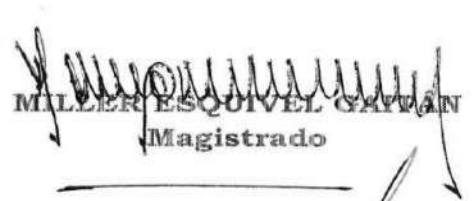
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MARIA TERESA MONROY VARGAS en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

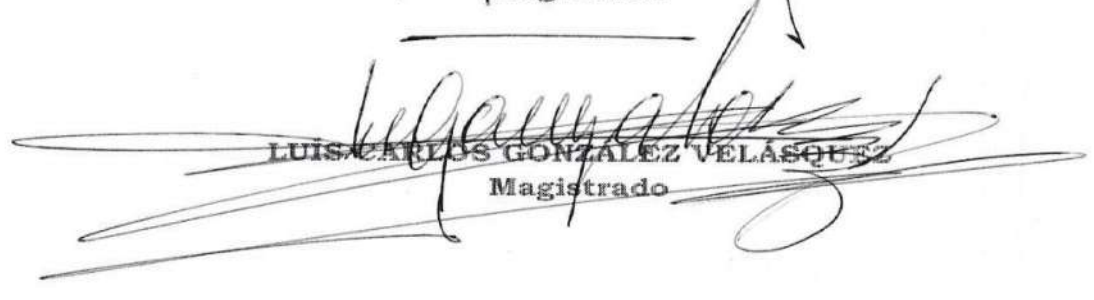
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A Fíjese como agencias en derecho a cada una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

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008201800341-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – intereses moratorios por el reconocimiento de la pensión de vejez por garantía mínima.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DILSA MARINA TORRES LÓPEZ** en contra de la **AFP PORVENIR S.A., HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILE, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA - UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES** y la **NACION - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES**

ANTECEDENTES

DILSA MARINA TORRES LÓPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PORVENIR S.A., HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILE, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA -UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO – OFICINA DE BONOS PENSIONALES, para que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagarle la garantía de pensión mínima de vejez, a partir del 01 de agosto de 2016, en cuantía equivalente a un salario mínimo legal mensual, sin poder aducir que las diferentes Cajas no han expedido el bono pensional o cuota parte; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer los

intereses de mora, desde el cuarto mes siguiente a su solicitud pensional y hasta que se efectuó el ingreso en nómina de la pensión, sobre cada una de las mesadas pensionales; que, se ordene al HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ y/o FONDO DE PENSIONES PÚBLICAS DE CUNDINAMARCA, asumir el bono pensional del tiempo servido en el Hospital San Antonio de Sesquilé, desde el 16 de mayo de 1979 hasta el 10 de noviembre de 1989, a satisfacción de la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A y a la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, efectuar el cobro del bono pensional, de forma coordinada ante las entidades responsables, de manera que contribuya a financiar la garantía de pensión mínima de vejez; que, se ordene a la NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, emitir el acto de reconocimiento de la garantía de pensión mínima de vejez, conforme lo dispone el artículo 4 del Decreto 832 de 1996, sin perjuicio de su obligación de cobrar el bono pensional a la o las entidades que resulten responsables del mismo y sin eximir a la AFP PORVENIR S.A., de su obligación de pagar la pensión; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 01 de agosto de 1959 y cumplió los 57 años de edad, el mismo día y mes del 2016; que, se encuentra afiliada al Sistema General de Pensiones, a través de la AFP PORVENIR S.A.; que, laboró para el Hospital San Antonio de Sesquilé, del 16 de mayo de 1979 al 10 de noviembre de 1989, realizando los aportes al Fondo de Prestaciones Sociales de ese Hospital; que, en la actualidad cuenta con 1162 semanas cotizadas, que le permiten obtener una pensión de vejez mínima de garantía, en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Refirió que, actualmente no cuenta con ingresos o recursos propios y no posee aportes voluntarios, por lo que, el 14 de julio de 2016, solicitó a la AFP PORVENIR S.A., la garantía de pensión mínima, para lo cual le informaron que primero debería solicitar la reconstrucción de su historia laboral y bono pensional; que, esa Administradora, en la misma fecha procedió a solicitarle al Departamento de Cundinamarca, el reconocimiento y pago de su bono pensional, obteniendo respuesta negativa el 26 de julio de 2016, pues, según el Departamento, ella no estaba incluida en el plan de regularización de aportes del Sector Salud denominado CAMISA, por tanto, era el Hospital San Antonio de Sesquilé, el encargado de dicho reconocimiento; que, en virtud de esa respuesta, el 27 de enero de 2017 radicó ante la ESE, solicitud de certificación de salario para presentar en la AFP PORVENIR S.A., la cual le fue expedida el 15 de febrero de 2017, pero, la AFP, no aceptó por no estar en el formato válido para bono pensional.

Indicó que, atendiendo el requerimiento de la AFP PORVENIR S.A., el HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ, mediante respuesta del 20 de junio de 2017, le comunicó a PORVENIR, que no podía modificar la

certificación, porque la afiliada, estaba incluida en el programa CAMISA, y no era esa Entidad, sino el Departamento o el Gobierno Nacional, quien debía responder por la cuota parte para su pensión; que, después de varias reclamaciones, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, le contestó indicando que el Hospital San Antonio de Sesquilé, era quien debía presupuestar y pagar el bono pensional, entonces, el 14 de diciembre de 2017, radicó solicitud de garantía de pensión mínima de vejez, no obstante, la AFP PORVENIR S.A., el 20 de diciembre de 2017, le dijo que se encontraba validando la posibilidad de presentar una acción judicial en contra de la ESE, para que realizara el reconocimiento respectivo, sin que a la fecha de radicación de esta acción, haya obtenido ninguna solución en relación con el derecho pensional reclamado (fls. 4-14).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ, la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación oportunamente, en los siguientes términos:

La **ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ**, aceptó los hechos relacionados con las reclamaciones presentadas por la demandante, ante las distintas entidades de Sistema de Seguridad Social para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima reclamada, de los demás hechos dijo no constarle; se opuso a las pretensiones de la demanda, advirtiendo que la actora, no fue empleada de la ESE, sino del antiguo Hospital San Antonio de Sesquilé, creado mediante la Ordenanza 14 del 22 de marzo de 1996, sin que allí se estipulara quién se haría cargo del pasivo pensional del Fondo de Prestaciones del Departamento de Cundinamarca y siendo la demandante, beneficiaria de dicho Fondo, es la Nación y/o el Departamento de Cundinamarca, los obligados a pagar la cuota parte pensional. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de título respecto de esa Entidad, cobro de lo no debido y la subrogación de deudor (fls. 183-190).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, refirió que la mayoría de los hechos de la demanda, no le constaban, se opuso a las pretensiones de la demanda e informó que la AFP PORVENIR S.A., a la fecha, no había solicitado, a nombre de su afiliada, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima ante la Oficina de Bonos Pensionales de esa Entidad. Propuso las excepciones denominadas el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es responsable por la demora de la AFP Porvenir en solicitar el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, el pasivo

pensional de la demandante se encuentra a cargo de su empleador y falta de legitimación en la causa por pasiva (fls. 222-232 y 235-245).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, se opuso a las pretensiones de la demandante, advirtiendo que esa Unidad, no era responsable de su bono pensional, teniendo en cuenta que la deuda prestacional de las personas retiradas antes del 31 de diciembre de 1993 registradas como beneficiarias en la certificación del 19 de noviembre de 1998 y formulario 18 del programa CAMISA, como es el caso de la actora, no fueron cuantificado de avalados por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y por tanto debe ser objeto de recalcule de la deuda previo cumplimiento de los requisitos y obligaciones legales. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y las innominadas (fls. 260-270).

La **AFP PORVENIR S.A.**, Aceptó los hechos relacionados con las reclamaciones efectuadas por la demandante para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima de los demás hechos dijo no ser ciertos o no constarle; Adujo en su defensa que para proceder al reconocimiento del beneficio estatal, es indispensable que el bono pensional de la actora, sea emitido y pagado, trámite que no se ha cumplido por razones ajenas a esa administradora ante el conflicto presentado entre el Departamento de Cundinamarca y el Hospital San Antonio de Sesquilé; formuló las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, hecho imputable a tercero, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., prescripción, compensación y la innominada o genérica (fls. 358-371).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de junio de 2020, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a la demandante, la pensión de vejez por garantía mínima, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a partir del 1 de agosto de 2016, por 13 mesadas; condenó a la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ, a cancelar a la demandante, por medio de la AFP PORVENIR S.A., el valor del bono pensional correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1979 y hasta el 10 de noviembre de 1989; condenó a la demandada AFP PORVENIR S.A., para que realice todas las diligencias que estén a su cargo, para que la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, expida la resolución por medio de la cual garantice los recursos para el reconocimiento de la pensión de garantía mínima; absolvió a las demandadas, de las demás pretensiones. Sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando que se condene a la AFP PORVENIR S.A., al pago de los intereses moratorios, pues, esa Administradora, estaba en la obligación de adelantar las gestiones pertinentes para obtener el pago del bono pensional, sin que, pueda escudarse en que tomaría acciones legales contra el HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ, y en que presentó una acción de tutela en su contra, cuando la actora, también tuvo que interponer varias acciones de tutela y reclamaciones, además de asumir las consecuencias por la tardanza en el reconocimiento del derecho pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandada AFP PORVENIR S.A., manifestó que no presentaría alegatos de conclusión, ya que no interpuso recurso de apelación, además de considerar que la sentencia de Primera Instancia, se encuentra ajustada a la legalidad. Por su parte, la demandante solicitó confirmar el fallo apelado y reconocer los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar si la demandante, tiene derecho a los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por demora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por garantía mínima.

DE LOS INTERESES MORATORIOS

Señala el tenor literal del artículo 141: *“INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”*

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo que la

Administradora de pensiones, justifique su conducta con la aplicación de una norma sin tener en cuenta la interpretación que sobre el mismo aspecto ha realizado la Corte Suprema de Justicia, según lo ha explicado la CSJ, Sala Laboral, en sentencia SL 787-2013, radicación No. 43602 del 6 de noviembre de 2012¹, en tanto su imposición es el resarcimiento ante los efectos adversos para el acreedor por la mora del deudor en cumplir su obligación.

En el presente asunto, alegó la AFP PORVENIR S.A., que la demora en el trámite de solicitud de reconocimiento del beneficio estatal de garantía de pensión mínima ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se debió a la falta de emisión y pago del bono pensional de la demandante, por causas que de ninguna manera son imputables a esa Administradora, sino que obedecieron al conflicto existente entre el Departamento de Cundinamarca y el hospital San Antonio de Sesquilé; a tal punto que, esa AFP, tuvo que interponer acción de tutela ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sesquilé

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, “*son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma **eficiente, eficaz y oportuna** todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados*” (Negrilla fuera de texto).

Por su parte, el artículo 20 del mismo Decreto, respecto a la emisión y pago de los bonos pensionales, indica que:

“ARTICULO 20. Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de emisión de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.

Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En

¹ La Sala como consecuencia de su nueva integración ha considerado pertinente moderar esta posición jurisprudencial, para aquellos eventos en que las actuaciones de las administradoras de pensiones públicas o privadas, al no reconocer o pagar las prestaciones periódicas a su cargo, encuentren plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que les es propia de interpretar las normas sociales y ajustarla a los postulados y objetivos fundamentales de la seguridad social, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Entiende la Corte que la jurisprudencia en materia de definición de derechos pensionales ha cumplido una función trascendental al interpretar la normativa a la luz de los principios y objetivos que informan la seguridad social, y que en muchos casos no corresponde con el texto literal del precepto que las administradoras en su momento, al definir las prestaciones reclamadas, debieron aplicar por ser las que en principio regulaban la controversia; en esas condiciones, no resulta razonable imponer el pago de intereses moratorios porque su conducta siempre estuvo guiada por el respeto de una normativa que de manera plausible estimaban regía el derecho en controversia. Máxime que en Colombia el control difuso que es el que opera en las excepciones de inconstitucionalidad está a cargo de los jueces y no de las administradoras.

todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.

Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión.”

Así pues, las Administradoras de fondos de pensiones están en la obligación de adelantar todas las gestiones posibles a su cargo, para reconstruir la historia laboral de sus afiliados, y materializar el denominado título de deuda pública; deber que surge desde el momento en que se hace efectiva la afiliación del trabajador y no cuando éste presenta la reclamación de un derecho pensional.

En el presente caso, efectuada por la demandante, la solicitud de reconstrucción de historia laboral para bono pensional, la AFP PORVENIR S.A., mediante comunicación del 14 de julio de 2016, le contestó que, había procedido a solicitar el reconocimiento y pago del bono a la ESE HOSPITAL SAN ANTONIO DE SESQUILÉ, por lo que una vez obtuvieran respuesta, le informaría acerca del trámite (fl. 31); el 28 de diciembre de 2016, la AFP PORVENIR S.A., dirigió comunicación a la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, solicitando “*nos informe acerca del reconocimiento y pago, ya que en el comunicado CE-2016545234 del 26 de julio de 2016 su entidad se encontraba en confirmación de la historia laboral con la E.S.E Hospital San Antonio de Sesquilé*” (fl. 35); el 22 de mayo de 2017, la AFP demandada, le solicitó a la oficina de recursos humanos de la E.S.E Hospital San Antonio de Sesquilé, el cambio de certificación laboral por tiempos no asumidos por la Nación, expedida por esa Entidad y correspondiente al tiempo servido allí por la actora (fls. 50-51) ante la negativa de la ESE, en el cambio del documento mencionado el

11 de julio de 2017, la AFP PORVENIR S.A., le comunicó a la demandante que no era posible la radicación de la documentación para el reconocimiento de la garantía mínima para la pensión de vejez debido a que la E.S.E Hospital San Antonio de Sesquilé no modificó la certificación del su tiempo laborado alegando ser beneficiarios de un contrato de concurrencia con el departamento de Cundinamarca, *“Expuesto lo anterior, nos encontramos en espera a las gestiones y consultas correspondientes para determinar se aplica el contrato de concurrencia (...) nuestro compromiso es mantenerla informada del avance en la consecución del pago de su bono pensional”* (fls. 56-57), sin que se acredite gestión adicional, hasta el 16 de enero de 2019, cuando se le informó a la demandante, que PORVENIR S.A., interpuso una acción de tutela en contra del Hospital San Antonio de Sesquilé, *“por cuanto dicha entidad no ha adelantado las gestiones a su cargo, para la reconstrucción de su información laboral con destino a la conformación del bono pensional al que usted tiene derecho”* (fl. 378); acción constitucional, que correspondió por reparto al Juzgado Promiscuo Municipal de Sesquilé - Cundinamarca, y cuyo amparo fue negado mediante sentencia del 28 de enero del 2019, teniendo en cuenta que *“en respuesta a la acción de tutela la E.S.E Hospital San Antonio de Sesquilé, allegó documentos que prueban que la señora Dilsa Marina Torres (...) ya interpuso acción de tutela en contra de los aquí intervinientes, donde tuvo lugar los mismos hechos y pretensiones que ahora ocupan la atención del despacho y que mediante sentencia proferida por el Juzgado 42 del Circuito de Bogotá, se negó las pretensiones de la actora ilustrando a dirimir el conflicto por la vía ordinaria laboral o contencioso administrativa. Decisión confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá (...) por ellos debe ser por esa vía judicial la que resuelva las pretensiones insinuadas en esta acción constitucional y la entidad accionante debe abstenerse de presentar simultaneas acciones judiciales para obtener la satisfacción de sus pretensiones a toda costa jugando con diversos pronunciamientos judiciales y acogerse al que más le resulte favorable o llene las expectativas requeridas”* (fls. 394-400).

Adicionalmente, en respuesta del 29 de mayo de 2018, dada por la Oficina de Bonos Pensionales a un requerimiento de la actora, se le informó que *“la responsabilidad en el otorgamiento de la GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA está en cabeza de la AFP PORVENIR, quien tiene la obligación de realizar el estudio de si procede o no el otorgamiento de la misma y es ante la OBP que debe radicar la documentación necesaria, para que se otorgue bien sea de manera temporal o definitiva, se hace énfasis en que la AFP es la que debe verificar los requisitos esenciales y por último la OFICINA DE BONOS PENSIONALES otorga el reconocimiento de la prestación GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. En atención a lo anterior se verificó en el aplicativo de bonos pensionales que la AFP PORVENIR no ha solicitado LA GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA, al no existir solicitud por parte de la AFP al respecto NO PODRÍA la OBP emitir pronunciamiento alguno sobre el “eventual” reconocimiento de la referida prestación. Hasta la fecha, la AFP*

PORVENIR no ha contemplado ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el trámite administrativo establecido para el reconocimiento de la Garantía de Pensión Mínima a favor suyo...” (fls. 163-164).

Teniendo en cuenta lo anterior, no es válido para la Sala, que, la AFP PORVENIR S.A., justifique el retardo en el reconocimiento de la garantía de pensión mínima a favor de la demandante, en la desinformación que se presentó entre la E.S.E Hospital San Antonio de Sesquilé y el Departamento de Cundinamarca, respecto a quién era el obligado a responder por el tiempo que la actora, había trabajado en esa Institución Hospitalaria, pues, como ya se indicó, esa Administradora, debió adelantar de manera *oportuna* las gestiones necesarias, para que cuando surgiera el derecho pensional, éste se hubiese materializado, sin imponer al a demandante, cargas administrativas, que no son su responsabilidad.

De tal manera que, habrá de revocarse el ordinal sexto de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a la señora DILSA MARINA TORRES LÓPEZ, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada mesada pensional, desde el 15 de abril de 2018 y hasta que se haga el pago efectivo de las mesadas retroactivas adeudadas.

Sin costas en esta instancia. 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

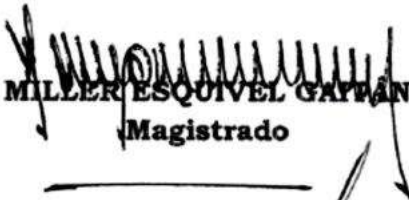
PRIMERO: REVOCAR el ordinal sexto de la sentencia apelada, proferida el 30 de junio de 2020, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a la señora DILSA MARÍA TORRES LÓPEZ, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada mesada pensional, desde el 15 de abril de 2018 y hasta que se haga el pago efectivo de las mesadas retroactivas adeudadas, conforme a la parte motiva de esta decisión.

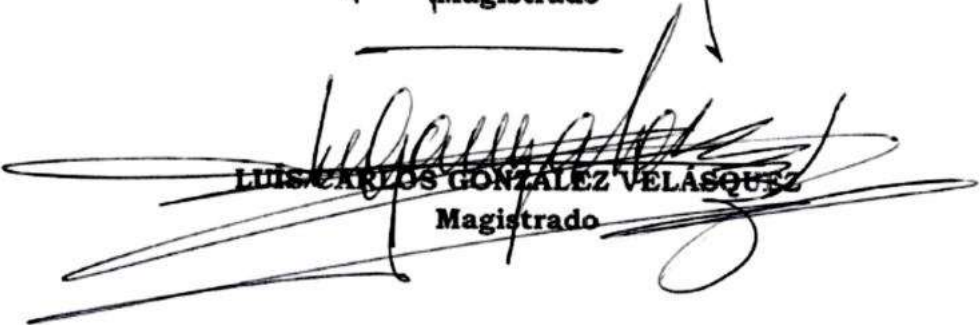
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todo lo demás.

TERCERO: Sin COSTAS en la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105015201900344-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 02 de marzo de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FERNANDO MARTÍNEZ CÓRTEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y sustituir el poder conferido a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 206 vto al 208 vto.

ANTECEDENTES

FERNANDO MARTÍNEZ CÓRTEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare que esa última Administradora, incumplió su deber legal de información, al no

brindarle asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible, sobre las características y consecuencias de su traslado al régimen pensional; por lo tanto, solicita que se declare nula e ineficaz su afiliación al RAIS; se condene a la AFP PORVENIR S.A., 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; condenar a COLPENSIONES, a activar su afiliación al RPM, recibir la totalidad de los aportes; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de febrero de 1958; que, inició sus aportes a pensión en el RPM, administrado por el ISS, desde el 01 de febrero de 1979 y, hasta el mes de diciembre de 1998, cuando se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., debido a que, se presentó en su lugar de trabajo un asesor comercial de esa Administradora, informándole que, el ISS se encontraba pasando problemas económicos, por lo que, era posible su eventual liquidación, lo que pondría en riesgo sus aportes pensionales, sin que desplegara ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva, para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado al RAIS.

Refiere que, la AFP PORVENIR S.A., no le informó la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, ni cuál sería el monto de su mesada pensional en el RAIS, mediante proyecciones objetivas que le permitieran tomar una decisión informada y consciente; menos le informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de cumplir 52 años de edad; que, en el mes de julio de 2018, la AFP PORVENIR S.A., le informó que el valor de su mesada pensional, a los 62 años de edad, ascendería a \$1.782.900, suma que no se equipara a sus ingresos mensuales, ni a lo que le correspondería como pensión en el RPM; que, solicitó ante las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo una respuesta negativa al respecto (fls. 3-12).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de

intereses moratorios y las demás que se pueden reconocer de oficio (fls. 78-86).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica (fls. 106-128).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 02 de marzo de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz la afiliación o traslado efectuado por el demandante al RAIS; en consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES reciba dichos recursos, reactive la afiliación del demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el RPM, como su nunca se hubiese trasladado; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, sin imponer condena en costas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, evaluados los elementos probatorios evacuados en el presente proceso, la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto no logró probar que cumplió con el deber de información; siendo que la única prueba que obra es el formulario de afiliación, que efectivamente suscribió el demandante, pero que tiene unos textos preimpresos, que dan cuenta de una presunta libertad de consentimiento, lo cual no es suficiente para demostrar que la AFP, cumplió con su deber legal de brindarle al actor, información clara, suficiente y oportuna de las consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, argumentando que, el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante, en el año 1998, se efectuó con el lleno de los requisitos legales, conforme a la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios; que, no se probaron las presuntas conductas dolosas en que incurrió esa Administradora, durante la afiliación del demandante; que, no existe un documento adicional al formulario, que acredite la información que se le brindó al actor, al momento del cambio de régimen pensional, sin embargo, el formulario de afiliación, no puede verse como un simple formato, sino que es plena prueba de que el traslado del actor, se produjo de manera libre y voluntaria; que, el demandante, está inmerso en la prohibición legal de que trata la Ley 797 de 2003, para

retornar al RPM, pues, se encuentra a menos de 10 años para acceder al derecho pensional, por lo que, no es viable que el demandante, se escude en una falta al deber de información, simplemente porque su plan de pensión, no resultó acorde a sus aspiraciones; que, en el interrogatorio de parte, se puede validar que, el demandante, conocía las características de uno y otro régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, PORVENIR solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último la parte actora solicita que se confirme la decisión proferida por el A Quo ya que no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que PORVENIR entrego la información suficiente, al contrario en el interrogatorio quedó establecido que la reunión donde se vinculó al fondo fue de carácter colectivo no fue una atención personalizada, la afiliación no se realizó de manera libre y voluntaria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, si resulta

procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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 ellos, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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, 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, 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 a la Administradora privada de pensiones, 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 el presente caso, al plenario se allegó, formulario de vinculación y/o traslado a la AFP PORVENIR S.A., del 31 de octubre d 1998(fl. 25, 130);

reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 26-28); historia laboral consolidada del actor en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 29-33 y 136-140); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 34-35); solicitudes de nulidad de traslado al RAIS, radicadas por el demandante, ante las demandadas, con sus correspondientes respuestas negativas (fls. 37-42, 134-135); expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (CD fl. 87); consulta SIAF (fl. 129); vinculación al fondo de pensiones voluntarias Global Fund, el 13 de septiembre de 2001 (fl. 131); formulario actualización de información afiliados, tramitado el 11 de marzo de 2010 (fl. 132); certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 133); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 141-148).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, el demandante, quien informó que, durante casi toda su vida laboral fue visitador médico, para el año 1998, se encontraba trabajando en Parke Davis, un día, finalizando la reunión que diariamente tenían con el gerente, llegaron personas de la AFP PORVENIR S.A., el gerente les dijo que por favor trataran el término rápido en 15 o 20 minutos, porque los trabajadores debían salir a cumplir con sus labores, entonces los asesores de la AFP PORVENIR S.A., les explicaron que se habían creado los fondos privados de pensiones, y que, esa AFP era la mejor opción, que ellos se encargarían de las semanas cotizadas, que, había que ahorrar, que, se podían pensionar anticipadamente; que, podía hacer aportes voluntarios, les pasaron propaganda y el formulario para que firmaran, ellos diligenciaban el formulario y él voluntariamente lo firmó; que, la razón de retornar a COLPENSIONES, es que, nunca supo, con la AFP PORVENIR S.A., cuál era su ahorro, nunca le explicaron en qué consistía ese ahorro, ni qué pasaría con sus semanas; muchas veces fue a las oficinas de esa Administradora, y no lo atendieron, hasta el 2018, cuando sea cercó a la sucursal de Suba, en Bogotá a sacar las cesantías y le informaron que se pensionaría con una mesada de \$1.700.000; que, nunca le dijeron cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RAIS; que, no le hizo preguntas al asesor, siempre le hablaron de ahorro, pero no de semanas.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP 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 FERNANDO MARTÍNEZ CORTES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR 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 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 el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 31 de octubre de 1998, 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.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada.

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 02 de marzo de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **FERNANDO MARTÍNEZ CORTES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

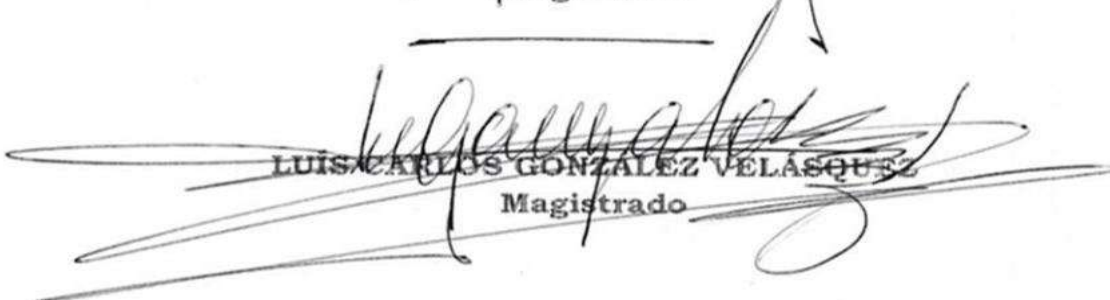
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la recurrente SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de esa demandada y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027201800351-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA ALCIRA GARCÍA GUTIÉRREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora Claudia Liliana Vela y como apoderado sustituto al doctor Diego Fernando Londoño Cabrera, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 230 al 233; de igual manera se procede reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Porvenir S.A a la doctora Jennifer Lorena Molina Mesa y como apoderado sustituto al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 240 al 245.

ANTECEDENTES

GLORIA ALCIRA GARCÍA GUTIÉRREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que hubiese recibido por concepto de aportes, bonos pensionales, desde el momento en que se perfeccionó su afiliación y hasta el momento en que cesó la obligación de realizar cotizaciones, incluyendo las sumas sufragadas por concepto de frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC y sin descontar los dineros que haya cancelado o llegare a cancelar por concepto de mesadas pensionales; que, se condene a la demandada, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al Instituto de Seguros Sociales hoy COLPENSIONES, desde el 06 de septiembre de 1985, hasta la entrada en vigencia de las nuevas Administradoras privadas de pensiones, cuando una asesora de ventas de la AFP PORVENIR S.A., le ofreció trasladarse al RAIS, ofreciéndole una serie de ventajas de orden financiero, relacionadas con el rendimiento económico que producir con dicho traslado y la posible liquidación de la Administradora pública, sin explicarle de forma escrita, ni verbal las condiciones de su afiliación, ni cómo se determinaría los elementos esenciales para el disfrute de la pensión, ni mucho menos cuál sería el monto de su mesada pensional.

Indicó que, inducida en un error, suscribió el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; que, el 29 de mayo de 2018, solicitó a la AFP, una simulación pensional, donde le informaron que, de continuar cotizando, a la edad de 57 años, recibiría la suma de \$781.242 o de \$974.600 a los 60 años de edad, afectando así su derecho a retirarse de la actividad laboral de forma digna y decorosa (fls. 4-20).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, excepción de error no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica (fls. 49-63).

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de

prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls.112-128).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de febrero de 2021, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que, en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, ésta fue explícita en manifestar que, cuando ingresó a laborar en la Fiscalía General de la Nación, le entregaron el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., ella diligenció el formulario, anexos los documentos y lo entregó a la misma Entidad, pero que, no tuvo contacto con ningún asesor; que, después de 2 años, si recibió una asesoría de la AFP, pero ella ya estaba afiliada y se limitaron a indicarle por qué debía permanecer ahí; por lo que, en el sentir de la falladora, no era aplicable la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto al deber de asesoría de las Administradoras del RAIS, pues, lo regulado por esa Corporación, es el acto de traslado, el momento en que se produce el traslado del RPM al RAIS, explícitamente el hecho de que por la omisión de la información, el trabajador que estaba en el RPM se cambia al RAIS, lo que, dice la a-quo, no ocurrió en el presente caso, pues ese traslado no estuvo precedido de ninguna asesoría, de ahí que, no puede obligarse a las Administradoras, a estar presentes en todos los escenarios en los que los trabajadores deciden trasladarse, cuando no lo solicita ni la empleador, ni el posible afiliado.

Argumenta la Juez de Instancia, que, no se puede invertir la carga de la prueba en cuanto al traslado, sino que era, deber de la demandante, demostrar que su consentimiento estuvo viciado, lo que no se cumplió, ya que, con la firma del formulario aceptó su traslado de manera libre y voluntaria.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando revocar en su totalidad la sentencia impugnada y reconocer las pretensiones de la demanda, comoquiera que, para el momento del traslado de regimen pensional, la actora, se encontraba afiliada al RPM; y, aunque la Juez de Primer Grado, asegura que ésta no recibió ningún tipo de asesoría, del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR, claramente se desprende que en dicho acto sí intervino un asesor, quien suscribió el documento, sin brindarle a la señora GARCIA GUTIERREZ, la debida información, induciéndola a firmar ese documento, sin el lleno de ninguno de los requisitos legales; de ahí que, sí es aplicable el precedente jurisprudencial

de la Sala de Casación Laboral; que, no puede atribuírsele a la demandante, una falta de diligencia y cuidado frente a su situación pensional, cuando las reglas de la experiencia, indican claramente que las personas sólo se preocupan de los temas pensionales, acercándose a la edad para reclamar la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito su absolución y confirmación de la sentencia ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E.

PORVENIR S.A. pretende que se confirme el fallo en relación a que no se acredito la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss., por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

Posteriormente la parte actora solicito que se revoque en su integridad la sentencia porque se demostró la violación directa y sustancial del principio de buena fe, además menciona que el artículo 1502 exige que el contrato sea un acto de declaración de voluntad que no adolezca de vicio alguno, también resulta irrelevante la forma en que se suscribió el formulario ya que el traslado fue realizado sin aportar la suficiente información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al absolver a las demandadas, de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la 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 es libre, siendo que una vez hecha ésta, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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.***

En punto a lo argüido por la peticionaria, debe precisarse que esta presentó demanda ordinaria laboral en la cual, formuló la siguiente pretensión declarativa:

*“Que se declare que **en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias** suscrito entre la Señora MARÍA CRISTINA MUÑOZ ROJAS y el Fondo de Pensiones SKANDIA, **pues tanto en la etapa pre-contractual, como en el momento de la ejecución del contrato, se le ocultó información sobre los riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación al Fondo de Pensiones, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podría ser inferior a la que recibiría en el ISS hoy COLPENSIONES.***

Consecuente con lo anterior, pidió que declarada la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, se condene a la AFP SKANDIA al traslado de los aportes cotizados a COLPENSIONES.”

*De esta manera **es claro que la aspiración de la parte demandante, no estaba encaminada a que una vez declarada la nulidad de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual, pudiera entenderse «beneficiaria» del régimen de transición.***

Destáquese, además, que esa situación adquiere mayor relevancia constitucional si se tiene en cuenta que mediante sentencia de 15 de agosto de 2015, aunque el juzgado accedió a declarar la pretendida nulidad, también aclaró que «la demandante no cumple los presupuestos del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», aspecto frente al cual la parte interesada, esto es, María Cristina Muñoz Rojas, estuvo conforme, pues no apeló tal determinación, circunstancias bajo las cuales resulta latente el error del Tribunal, pues fundó su decisión en un precedente de esta Sala que no se ajustaba al caso sometido a su consideración, lo que significó, en últimas, que no resolviera el conflicto jurídico materia de controversia.» (Negrilla fuera de texto)

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 la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente 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 estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente cuentan 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.

Al respecto, milita en el plenario reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 25-26 y 66-69); certificación de no afiliación de la demandante a COLPENSIONES (fl. 27 y 65); formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 30 de enero de 1997 (fl. 28, 133, 134); certificación de afiliación de la actora a la AFP PORVENIR S.A. (fl. 29 y 140); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 30-31); historia laboral valida para bono pensional (fls. 32-33 y 205-208); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 34-38); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 64); consulta SIAF (fls. 129-132); historia laboral para iniciar reclamación de bono pensional (fl. 135); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 141-175); relación de aportes efectuados al RAIS (fls. 176-204).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que, en el año 1997, cuando se fue a posesionar en un cargo para trabajar en la Fiscalía General de la Nación, le entregaron todos los documentos que debía diligenciar y allí estaba incluido el formulario de la AFP PORVENIR S.A., diligenció los documentos, anexos los requisitos y firmó; que, ese día no tuvo contacto con algún asesor de la AFP, aunque habían muchas personas posesionándose y no recuerda si la asesora que firmó el formulario, estaba presente, pero que con posterioridad, al año o dos años, si fue un asesor a la oficina, a explicarles a varios empleados, los beneficios que tenía esa Administradora, y que debían continuar allí, porque el Seguro Social se iba a acabar; que, en aquella oportunidad, les explicaron que podían pensionarse a una edad más temprana, que, recibirían rendimientos, y que, en caso de fallecimiento, la pensión le seguiría a sus hijos; que, rara vez recibió extractos; que, después de haber cumplido los 47 años de edad, se acercó a las oficinas de la AFP PORVENIR S.A., a averiguar por su pensión, y le informan que recibiría como mesada el salario mínimo, insuficiente para el sustento de su familia y el suyo propio.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP 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 a la señora GLORIA ALCIRA GARCÍA GUTIÉRREZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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; y es que, en el presente caso, quedó demostrado que la afiliación de la demandante, al RAIS, se dio por una imposición de su empleador, que, no le dio opción distinta al momento de su vinculación laboral, para seleccionar otra Administradora de Pensiones, sino que, como lo advierte la actora, al absolver interrogatorio de parte, al momento de tomar posesión de un cargo en la Fiscalía General de la Nación, dentro de los documentos que debía diligenciar, se le entregó el formulario correspondiente a la AFP PORVENIR S.A. y ella, se limitó a firmarlo, sin recibir ninguna asesoría, ni explicación relacionada con el cambio de régimen pensional y, aunque luego de un año o dos, después de su vinculación con la Entidad, si fue vista por un asesor, éste se limitó en una reunión grupal a explicarles las ventajas del RAIS y recomendarles continuar afiliados a ese régimen ante la posible liquidación del ISS, lo que denota la ausencia total de información clara, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características, ventajas, desventajas y condiciones de uno y otro régimen pensional, por parte de la AFP PORVENIR S.A., al momento del traslado inicial, como durante todo el tiempo que la actora permaneció vinculada con dicha Administradora.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocinado 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; máxime cuando, se reitera, en el presente caso, la actora, ni siquiera recibió información respecto a las ventajas del RAIS, simplemente su empleador,

no le dio opción distinta que firmar el formulario de afiliación en pensión a la AFP PORVENIR S.A., por lo que, en el presente caso, existe una carencia total de consentimiento informado por parte de la demandante, quien en aras de obtener un empleo, se limitó a firmar los documentos para su vinculación laboral, pero que, como se extrae del interrogatorio de parte absuelto por ella, nunca se enteró de las desventajas y consecuencias que traería para su futuro pensional, la suscripción del formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

De ahí que, existió error de hecho cuando la Fiscalía General de la Nación, como empleador de la actora, obstruyó el derecho a la libre elección de régimen pensional de su trabajadora, ya que, no le dio la oportunidad de seleccionar voluntariamente la Administradora de pensiones, a la que ésta deseaba pertenecer; omitiendo la AFP PORVENIR S.A., tanto en la suscripción del formulario, como durante el tiempo en que la actora estuvo afiliada a dicha AFP, cualquier asesoría o explicación acerca de las consecuencias de su traslado de régimen pensional; alterando la realidad del derecho al que la actora 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 actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 30 de enero de 1997, 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.

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de Primera Instancia en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguro Social al fondo privado administrado por el régimen de ahorro individual con solidaridad, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 30 de enero de 1997, para en su lugar declararla.

Además, deberá condenarse a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta Instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, teniendo en cuenta que las demandadas propusieron la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, por lo cual no hay lugar a declararla probada.

Sin COSTAS en esta Instancia. Se REVOCAN las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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: REVOCAR la sentencia proferida el día 15 de febrero de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral de Primera Instancia, promovido por **GLORIA ALCIRA GUTIERREZ** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante GLORIA ALCIRA GARCIA GUTIERREZ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, el 30 de enero de 1997, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, gastos de administración y comisiones y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201900357-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de septiembre de 2021 por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA MUÑOZ CÁRDENAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Diana Leonor Torres, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.069.733.703 y tarjeta profesional 235.865 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Martha Muñoz Cárdenas promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado de régimen pensional al RAIS administrado por la AFP Davivir S.A. hoy Protección el 30 de septiembre de 1994; que se condene a Protección S.A. a tramitar de manera inmediata el regreso automático al RPM administrado por Colpensiones, trasladando los valores de su cuenta de ahorro individual, correspondiente a las cotizaciones al riesgo derivado de la vejez; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 21 de noviembre de 1963, contando con 56 años al momento de la radicación de la demanda; que cotizó al ISS desde el 28 de septiembre de 1989 hasta el 30 de septiembre de 1994, aportando al régimen de prima media con prestación definida; que a partir del 1 de octubre de 1994, se hizo efectivo el traslado de régimen pensional de la demandante a la AFP Davivir hoy Protección S.A.

Refiere la actora que previo al traslado efectuado, el funcionario de la AFP diligenció directamente la totalidad del formulario, y se limitó a dar una charla general, a fin de divulgar las ventajas de la vinculación, manifestando que la pensión de vejez sería mas favorable, que se podría pensionar antes de los 55 años de edad, que su pensión sería mas alta que la que recibiría en el ISS, que le sería emitido un bono pensional como reconocimiento de sus aportes al RPMPD, y que el ISS se acabaría, omitiendo informarle que el fondo le descontaría una parte de sus aportes obligatorios mensuales por la asesoría para la contratación de renta vitalicia y por la administración de su cuenta individual, que sería indispensable realizar aportes voluntarias si deseaba pensionarse con una mesada superior al salario mínimo o antes de los 57 años de edad, que el bono pensional solo podría hacerse exigible y redimible cuando el demandante cumpla 60 años de edad, omitiendo además efectuar la simulación o proyección pensional.

CONTESTACIONES 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, manifestaron en su mayoría no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la demandante, las afiliaciones efectuadas, y las peticiones elevadas.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

COLPENSIONES propuso las excepciones de fondo o de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia del traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el

consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de septiembre de 2021, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora Martha Muñoz Cárdenas del RPMPD administrado por el ISS, al RAIS administrado por Davivir hoy Protección S.A.; ordenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos; ordenar a Protección S.A. a reintegrar a Colpensiones de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros; ordenar a Protección S.A. a realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el sistema de información de administradoras de fondos de pensiones, y entregar a Colpensiones el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS; ordenar a Colpensiones a aceptar a la demandante, corrigiendo su historia laboral; declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; costas a cargo de Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Protección S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

PROTECCIÓN S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en lo relacionado con la devolución de gastos de administración y conceptos de seguros previsionales, por cuanto se tratan de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación de una buena gestión, constituyéndose un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, realizando un traslado de comisiones que no están destinadas a financiar la pensión de vejez de la señora Muñoz, sobre un capital que nunca administró, aunado a que, ya se le están trasladando los rendimientos fruto de una buena gestión, sin que pueda alegarse que hay un detrimento en el capital de la actora.

Que si la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan al estado anterior, esto es que el formulario de afiliación nunca existió, esos

rendimientos que produjo la cuenta de la demandante no se causaron, y dichos gastos de administración no se cobraron, sin embargo, que para el traslado de los rendimientos si se reconoce la afiliación, pero para reconocer los gastos de administración, si se desconoce el efecto de la afiliación.

COLPENSIONES solicita se revoque la totalidad de la sentencia de primera instancia, aduciendo que la afiliación de la actora a Protección S.A. sí cumple con los requisitos que para la época se le exigían a las administradoras; adicionalmente, que no puede desconocerse la prohibición legal de traslado de régimen de la Ley 797 de 2003, por cuanto la demandante consintió expresamente trasladarse al RAIS, siendo prueba de ello, la suscripción voluntaria de aceptar las condiciones que el fondo le ofrecía; aunado a que por mas de 20 años se encuentra realizando aportes a dicho régimen privado, desvirtuándose los hechos de la demanda, siendo evidente la negligencia de la demandante.

Asimismo, la apoderada solicita se estudien los elementos materiales probatorios, máxime cuando la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, y tampoco tenía una expectativa legítima de pensionarse con Colpensiones, al igual, que la afiliación quedó saneada por los diferentes traslados horizontales efectuados por la actora.

Por último, aduce que la sentencia afecta el principio de la sostenibilidad financiera.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, solicitando revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que dicha entidad es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y la AFP, aunado a que lo anterior, afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones.

Asimismo, manifiestan que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD, y que la misma consintió su vinculación al RAIS, siendo prueba de ello, la permanencia por más de 20 años.

El apoderado de la parte actora allega alegatos de conclusión dentro del término, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, al considerar que la AFP demandada no logró demostrar haber proporcionado información completa sobre el traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación 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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario y el interrogatorio son pruebas suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, **iv)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **v)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **vi)** si Protección S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, y **vii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 137 obra solicitud de vinculación y traslado del RPMPD a la AFP Davivir diligenciado el 30 de septiembre de 1994; a folio 138 se puede visualizar el traslado horizontal realizado por la actora a Cesantías y Pensiones Colmena, diligenciado el 15 de febrero de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS manifestó que la empresa convocó a varias personas a una reunión, y las personas de Davivir les dieron una charla, manifestándoles que lo mejor era el traslado, que se podrían pensionar a los 55 años con mejores condiciones, que el ISS se acabaría, sin que se les realizara ninguna proyección; que su suscripción del formulario se dio sin una información completa; que no le indicaron que pasaría con el tiempo que tenía acreditado en el ISS; que no les informaron nada sobre el bono pensional; que era consciente de que con la suscripción del formulario se estaría trasladando a un fondo privado; que no les informaron como se financiaría la pensión; que no le indicaron si sus aportes generarían intereses; que recibe los extractos de su cuenta de ahorro individual; que su traslado a Colmena se da por una reunión que propició la empresa, ya que les ofrecerían la medicina prepagada, aduciéndole al momento el asesor, que era mejor tener ambos servicios en el mismo fondo; que no se presentó ante el ISS para corroborar la información que le dieron; que no ha solicitado su pensión; que su deseo de trasladarse a Colpensiones se da porque siente que sufrió un engaño, que no le hicieron una buena asesoría, y porque no tuvo la posibilidad de conocer que podía pasar en ambos fondos; que no tuvo la oportunidad de realizarle pregunta a los asesores; que no ha realizado aportes voluntarios;

Asimismo, se recibió interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de Protección S.A., quien manifestó que la entidad absorbió las obligaciones de Davivir y Colmena; que si se le brindó información suficiente a la demandante al momento de la asesoría; que para la época no se exigía

realizar cálculos financieros; que los asesores se encuentran capacitados para entregar información a los posibles afiliados, debiendo realizar un comparativo entre regímenes, las cuales no se incluyen en el formulario de afiliación; que a la actora se le mostraron todos los escenarios, entre esos, el derecho de retracto.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección 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 Martha Muñoz Cárdenas 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 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 Davivir el 30 de septiembre 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 RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de Davivir y Colmena, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido

reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 cubre 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.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 30 de septiembre de 2021, por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **MARTHA MUÑOZ CÁRDENAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

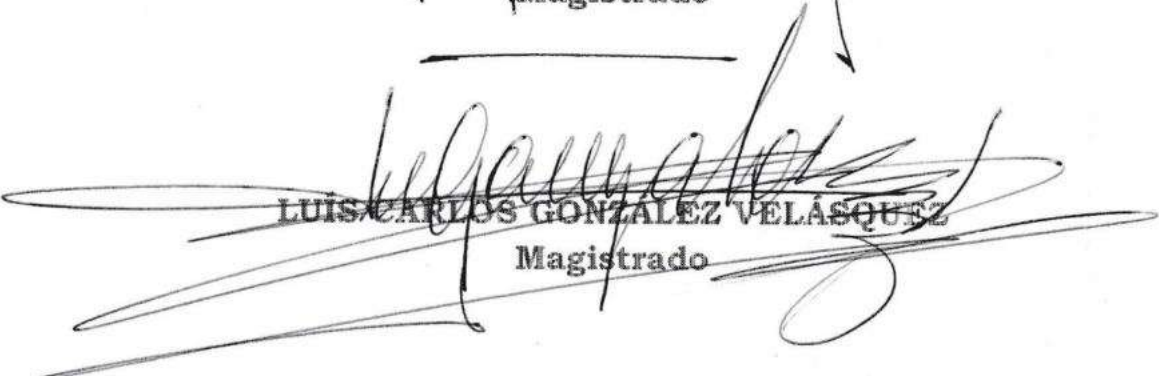
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ 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. 110013105033201900359-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Luis 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 los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **LUZ MARINA PEREZ RIVERA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la Dra. ANGY GRACIELA CASTELLANOS DURAN con CC No. 1.019.077.818 de Bogotá conforme al poder obrante a folios 172-175.

ANTECEDENTES

LUZ MARINA PEREZ RIVERA, pretende que se declare la nulidad de los traslados efectuados el 22 de julio de 1997 con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTE, el 10 de abril de 2000 con PORVENIR S. A y el 22 de octubre de 2004 con BBVA PENSIONES Y CESANTÍAS, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de

pensiones y, en especial, de su situación personal y concreta; costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que se trasladó del RPMPD al fondo privado de pensiones HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., donde el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPMPD como en el RAIS en especial ni le hizo un estudio de su situación particular sino que la ilustró únicamente sobre las ventajas que podría obtener al cambiarse de régimen pensional; se trasladó de la AFP HORIZONTE a PORVENIR S.A el 10 de abril de 2000 y retornó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el 22 de octubre de 2004; nació el 30 de noviembre de 1956; PORVENIR S.A le realizó simulación pensional en donde para el año 2019 su mesada pensional sería de \$781.242; de manera particular le realizaron proyección pensional en donde en el RPMPD para el año 2019 sería de \$2.339.156,66 evidenciándose una gran diferencia en el monto; razón por la cual elevó solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES siéndole negada. (Fls 2-9).

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 a cada una de ellas, la edad de la actora y las solicitudes elevadas ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de COLPENSIONES, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la genérica (fls 48-58).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó como 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 96-113).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de agosto de 2021 el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A y con esto la afiliación realizada por la demandante el 22 de julio de 1997 a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A.; declaró que la demandante actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al RPMPD administrado por COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES junto con sus respectivos intereses, rendimientos, cuotas de administración y bonos pensionales; ordenó a COLPENSIONES a recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral, declaró no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas; costas en la instancia a cargo de PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho la suma de 4 SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recursos de apelación en los siguientes términos:

PORVENIR S.A., para que se revoque en su totalidad el fallo proferido, teniendo en cuenta que no era obligatorio registrar documentos adicionales a parte del formato de afiliación por lo que no hay otra forma de probar el deber de información, asimismo de retrotraer al estado inicial las circunstancias se entra en una contradicción porque si se va a devolver el acto al inicio del proceso como consecuencia se debe devolver todos los aportes que realizó con los respectivos gastos de administración entonces no habría derecho a los rendimientos pues, porque se va a beneficiar de dicho concepto, igualmente hay lugar a la prescripción ya que si a un pensionado le prescriben las mesadas también deben prescribir los gastos de administración o primas de seguros o cualquier otra suma diferente pues en este caso ya están apartados de los requerimientos, cabe resaltar que la demandante también tuvo incidencia pues era una persona capaz para leer el formato de afiliación ella tuvo la oportunidad para informarse; finalmente frente a la condena en costas al resultar excesivas las agencias en derecho que estableció sólo para PORVENIR en 4 SMLMV, pese a la conducta negligente de la demandante, dejando sin condena a COLPENSIONES cuando dicha entidad también fue vencida en el proceso.

COLPENSIONES, para que se revoque de manera parcial el fallo proferido respecto a la declaratoria de nulidad e ineficacia dado que no se sabe si

el ahorro efectuado alcance para cubrir la prestación que se va a reconocer a futuro llegando a causar un detrimento económico a la entidad; además, la inversión de la carga de la prueba sólo se realiza cuando hay una expectativa legítima y se está pronto a cumplir con los requisitos, siendo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por lo que no tenía una expectativa legítima.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

La parte actora se manifiesta solicitando la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta.

Por último, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acredito la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo.

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 del régimen 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 PORVENIR S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración, **iv)** si PORVENIR está obligada al pago de costas y si era dable fijar las agencias en derecho en el monto establecido por el A quo, y **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 PORVENIR 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 folio 114 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A diligenciado el 22 de julio de 1997.

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 HORIZONTE hoy 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 a la señora LUZ MARINA PEREZ RIVERA 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 HORIZONTE hoy PORVENIR 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 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 en su momento ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A diligenciado el 22 de julio de 1997 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, sin que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentran preimpresas manifestaciones como “*la afiliación se hace libre y voluntaria*”, “*se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones*” u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no *informado* (SL19447-2017).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 cubre 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.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse 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 financiera 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que, si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

De otra parte, en lo que interesa a la inconformidad por el monto fijado por el A quo a título de agencias en derecho a cargo de la recurrente PORVENIR S.A habrá de desestimarse tal pedimento teniendo en cuenta que el monto establecido se enmarca dentro de los parámetros fijados en los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, es decir, dentro los límites en los que puede moverse el Juez considerando para ello la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, las que para el caso del proceso ordinario laboral oscilan, en obligaciones de hacer a favor del trabajador o afiliado hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes (Decreto 1887/03); de ahí que la suma de pesos impuesta se encuentre dentro de los parámetros antes señalados.

Últimamente, de cara a la inconformidad de PORVENIR S.A por no haberse condenado a COLPENSIONES en costas de primera instancia, claramente carece de interés legítimo para recurrir tal absolución, ya que para el caso de autos el mismo tan sólo se encuentra en cabeza de la parte demandante, de ahí que no haya lugar a pronunciamiento en tal sentido.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A y COLPENSIONES 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 día 4 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUZ MARINA PEREZ RIVERA 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, las cuales deberán ser tasadas por el Juez de Conocimiento.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

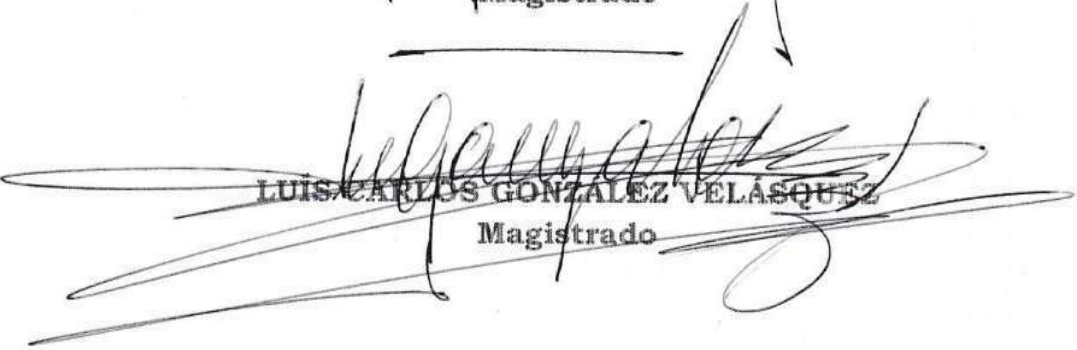
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201600368-02

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Nulidad del Dictamen calificación Pérdida de Capacidad Laboral – origen.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida el 16 de julio de 2021 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **MAURICIO JAVIER GUTIERREZ** en contra de **SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.**, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la llamada en garantía **SEGUROS BOLIVAR S.A.**

ANTECEDENTES

MAURICIO JAVIER GUTIERREZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, se declare sin efecto el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez No. 79845927 de fecha 22 de julio de 2013, en lo que respecta al origen de las enfermedades síndrome del maguito rotatorio, bursitis del hombro y tendinitis de bíceps, para en su lugar determinar que son de origen profesional; que, se declare el deber de calificación integral en lo que respecta al porcentaje de PCL, origen y fecha de estructuración; que, se declare sin efecto el análisis del puesto de trabajo para calificación de origen, elaborado por la profesional Ingrid Leyva Rojas, de octubre de 2012; y, en consecuencia, se condene a SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, junto con los intereses moratorios por su no pago; que, se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicitó que, se condene a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., al pago de la pensión de invalidez, desde la fecha en que se haya causado el derecho, junto con los intereses moratorios, lo ultra y extra petita, así como las costas procesales. O que, SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A., le reconozca el pago de la indemnización por incapacidad permanente parcial derivada de las enfermedades síndrome del maguito rotatorio, bursitis del hombro y tendinitis de bíceps e intereses moratorios producto del no pago oportuno.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que trabajó para la empresa GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., entre el mes de julio de 2006 y el 31 de mayo de 2008 y posteriormente del 19 de diciembre de 2008 hasta la presentación de la demanda, como asistente de pintura; que, en el ejercicio de sus funciones debe lijar de 100 a 120 de vehículos con pistola neumática; aplicar, sentar sellante y PVC a vehículos elevados en una estación; también, ubicarse dentro de un vehículo en piso, que se encuentra asegurado, para colocarle tapones, debiendo desasegararlo con maceta y rache; que, todas esas actividades son repetitivas y debe cumplirlas en un tiempo límite por vehículo; que, debe realizar movimientos repetitivos en ambos brazos todo el día.

Refirió que, por su trabajo, presentó mucho dolor en los brazos, razón por la cual acudió al médico, quien le ordenó varios estudios e imágenes diagnósticas, siendo incapacitado en distintas oportunidades; que, el 2 de octubre de 2012, la EPS CRUZ BLANCA, le remitió a su empleador, recomendaciones laborales, pues, luego de la valoración médica ocupacional, fue diagnosticado con síndrome de maguito rotador bilateral, bursitis subacromiosubdetoideo bilateral y tendinitis de bíceps derecho; que, en el mes de octubre de 2012, la profesional en Salud Ocupacional Ingrid Leyva Rojas, le realizó un análisis de puesto de trabajo, para calificar el origen de su enfermedad, sin embargo, ese día, no se encontraba en funcionamiento toda la línea de producción, en la que él comúnmente trabaja.

Indicó que, el 18 de febrero de 2013, la ARL SURA, emitió calificación de origen No. CE201341002580, determinando que, el síndrome del maguito rotatorio, la bursitis del hombro y tendinitis de bíceps, no eran de origen profesional, por lo que, el 28 de febrero de 2013, radicó su inconformidad al respecto, y su caso fue enviado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, donde la Sala uno de esa Entidad, según dictamen 79845927 del 18 de abril de 2013, concluyó que, el origen de sus patologías era común; que, notificado de esa decisión, presentó los recursos de ley y, el 22 de mayo de 2014, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, también consideró que el origen de su enfermedad era común; que, todas las decisiones se basaron en el análisis de su puesto de trabajo practicado en el año 2012.

Señaló que, el 22 de mayo de 2014 la EPS CRUZ BLANCA, le solicitó a su empleador, los documentos para la calificación de su enfermedad, los cuales fueron enviados por éste a la EPS; que, recibió recomendaciones médicas, también puestas en conocimiento de GENERAL MOTORS COLMOTORES, el 29 de agosto de 2014,

30 de enero, 20 de agosto y 19 de octubre de 2015, así como el 23 de marzo de 2016, por lo que, fue reubicado laboralmente, desempeñando funciones de plaqueta y colgado de cabinas; que, reclamó a las demandadas, el reconocimiento de los derechos pensionales y económicos que ahora pretende (fls. 432-445).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en los siguientes términos:

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos dijo no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con las enfermedades diagnosticadas al demandante y las distintas calificaciones emitidas por las entidades de Seguridad Social demandadas; propuso las excepciones de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen - carga de la prueba a cargo del contradictor, buena fe de la parte demandada y la genérica (fls. 461-480 y 737).

SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A. se opuso a las pretensiones, negó la mayoría de los hechos de la demanda, aceptando aquellos en los que se hizo alusión al proceso de calificación en primera oportunidad por esa ARL, donde concluyó que las patologías calificadas al señor González, eran de origen común, ya que, la resonancia magnética de hombros muestra ruptura del supraespinoso bilateral e infraespinoso derecho y tendinitis del bíceps derecho, sólo con 4 años de exposición a posturas antigravitacionales, con movimientos de flexo entre 30-90°, sin requerimientos de fuerza, lo que es considerado un tiempo corto de exposición como para generar la ruptura tendinosa bilateral que padece el actor. Propuso las excepciones de plena validez y eficacia del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que calificó los diagnósticos del demandante - inexistencia de cuestionamiento técnico atribuible al dictamen demandado, inexistencia de relación de causalidad con riesgo laboral alguno para ser calificadas las patologías como de origen laboral - las patologías reclamadas por el demandante son de origen común, presunción legal de origen común de las patologías que padece el señor Mauricio Javier Gutiérrez, prescripción del eventual derecho, prescripción de las prestaciones del Sistema General de Riesgos Laborales, sujeción a los requisitos existentes en el sistema general de riesgos laborales para el reconocimiento de una eventual actual prestación económica por hipotético accidente laboral a cargo de la ARL, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, buena fe y la genérica (fls. 506-572 y 703-732).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones principales de la demanda y se opuso a las subsidiarias; de los hechos dijo no constarle ninguno. Formuló las excepciones de inexistencia de causa petendi o no

cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica. También llamó en garantía a SEGUROS BOLIVAR S.A. (fls.554-562 y 733-735).

Por auto del 21 de noviembre de 2017, confirmado por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, el 07 de agosto de 2018, el a-quo, negó el llamamiento en garantía de Seguros Bolívar S.A. (fls. 760 y 789).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de julio de 2021, el Juzgado dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió al extremo demandado de todas y cada una de las pretensiones; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y condenó en costas al demandante; al considerar que, el hecho de no haberse practicado un análisis del puesto de trabajo con posterioridad a octubre de 2012, en nada afectó la calificación impugnada, pues la misma fue emitida en el 2013 y en todo caso, dentro del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral, decretado y practicado en el curso del proceso, donde también se tuvo en cuenta el análisis del puesto de trabajo, se hizo un nuevo resumen de información clínica, con nuevos exámenes practicados en los años 2019, se reiteraron las mismas conclusiones, respecto a que no se advertía un riesgo ergonómico en la labor desempeñada por el demandante, concluyendo que el origen de las patologías del actor, era común; y, aunque el Juez de Instancia, se puede apartar de las calificaciones emitidas por las Entidades autorizadas para ello, determinó que la parte actora, no había cumplido con la carga probatoria, para desestimar las conclusiones de los dictámenes demandados.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la pretensión principal de la demanda, fue la ineficacia del dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, relacionada con el origen de la PCL del actor, por lo que, el sustento normativo de la decisión del a-quo, en especial el Decreto 917 de 1999, no configura en ningún aspecto el desarrollo de las pretensiones principales, pues, el mismo en nada regula el origen de la enfermedad; que, las tres calificaciones demandadas, coinciden en haber empleado como fundamento de la decisión, el estudio del puesto de trabajo practicado en octubre de 2012, donde no se tuvo en cuenta, las labores que realmente desempeñaba el actor; que, en cuanto a la carga de la prueba, no era muy factible que el empleador del señor González, aceptara que él junto con su apoderado, se presentaran en la planta de trabajo, con un especialista en salud ocupacional, para elaborar su propio análisis del puesto del trabajo y haber practicado una prueba testimonial, era algo que no dependía del demandante, sino de la voluntad de un tercero, esto es, los compañeros de trabajo; que, no puede pasarse por alto que el discutido análisis del puesto de trabajo, advirtió algunos

factores de riesgo para el cargo de pintor desempeñado por el actor y la falta de ángulos de confort durante 2 años de labor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, el demandante, a través de su apoderado, solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia y acceder a las pretensiones de la demanda, en cuanto a modificar el origen de las patologías que padece, de común a profesional, pues, claramente quedó demostrado en el proceso que todas las tareas realizadas por el actor, para la ejecución de sus actividades laborales, implicaban movimientos manuales repetitivos, existiendo mayor predominio del brazo derecho y de acuerdo al nivel de producción, lo que, necesariamente está relacionado con su diagnóstico de la inflamación de hombros; sin que, pueda darse validez a la calificación ordenada y practicada dentro del proceso, ya que, fue elaborada por la misma Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, perdiendo autonomía el dictamen pericial, por tratarse de la misma Institución que ya lo calificó, por lo anterior si se envía “n” veces a la misma, el resultado será□ siempre el mismo.

La ARL SURA y PROTECCION S.A., solicitaron la confirmación del fallo de Instancia, por cuanto el origen de la patología del actor es común, como coincidieron en señalarlo todas las entidades por las cuales fue calificado antes y dentro del proceso.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al negar la ineficacia del Dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral elaborado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ que calificó como de origen común la enfermedad que padece el demandante, o si por el contrario se debe establecer que es de origen profesional, y por ende, si es procedente condenar a las demandadas al pago de las pretensiones incoadas por el actor.

DEL DICTAMEN QUE CALIFICÓ LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DEMANDANTE

Con el fin de resolver las suplicas del actor forzoso se muestra en primer término para la Sala remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, prevé que *“el estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.”*, precisando que en caso de que no se esté de acuerdo con la primera oportunidad de determinación de la pérdida de capacidad laboral y calificación del grado de *invalidez* y el origen de estas contingencias, dentro de los 10 días siguientes debe el interesado manifestar su inconformidad y luego de ello la entidad competente (COLPENSIONES-, las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP hoy ARL-, o las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de *invalidez* y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS) deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez* del orden regional dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de *Invalidez*, la cual decidirá en un término de 5 días. Indicando dicha norma que *“El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.”*

A su vez, el Decreto 2463 de 2001 *“por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”* en su artículo 9º, enseña que: *“Los dictámenes rendidos por estas Juntas constituyen el fundamento mediante el cual las respectivas entidades deciden sobre el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez; en consecuencia, para emitir los referidos dictámenes, las Juntas de Calificación deben realizar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina por medio de un examen físico y teniendo en cuenta todos los fundamentos de hecho que deben contener los dictámenes, es decir, la historia clínica (antecedentes y diagnóstico definitivo), reportes, valoraciones, exámenes médicos, evaluaciones técnicas y en general todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas.”*

Y el Decreto 917 de 1999 que modificó el decreto 692 de 1995 ***“Por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez”***, contempla en su artículo 1º que *“El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5º de la Ley 361/97.”*

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que habrá lugar a declarar la nulidad de un dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ sólo en el evento de que el mismo no atendiera a los presupuestos de

fondo y forma contenidos tanto en las aludidas normas como en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, ello conforme lo enseñan los artículos 1740 Y 1741 del CC¹

Entonces, aun cuando el señor MAURICIO JAVIER GUTIERREZ solicita que se analice por parte de esta Instancia, de manera minuciosa, la relación causal entre su labor como asistente de pintura al servicio de GM Colmotores y sus patologías, sin dar mayor alcance al estudio de puesto de trabajo realizado en el año 2012, pues, en este no se tuvo en cuenta la totalidad de las funciones por él desempeñadas; lo cierto es que, tal experticia fue realizada por las aquí demandadas, según se advierte en el dictamen controvertido que consta a folios 373 a 377, donde no sólo se tuvo en cuenta el análisis al puesto de trabajo que pide desconocer el actor, sino que también se hizo alusión al examen físico practicado por la Sala 1 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, oportunidad en la cual el señor GONZÁLEZ, pudo describir las actividades efectuadas en su cargo de pintor y operario de inyectora; además, también tuvo en cuenta la historia clínica aportada por éste, que incluía la totalidad de consultas de medicina general y especialistas, así como las imágenes diagnósticas practicadas, todo lo cual llevó a esa Entidad, a concluir que las patologías de síndrome de manguito rotatorio bilateral, bursitis subacromio subdeltoideo bilateral y tendinitis de bíceps derecho, eran una enfermedad de origen común.

Premisas de las que se puede colegir que el dictamen fue emitido atendiendo los lineamientos tanto de procedimiento como de fondo, por autoridad competente, quien basó su decisión en las pruebas con las que debía decidir la apelación, sobre todo los factores de riesgo aducidos por el apelante del dictamen, por manera que no encuentra mérito esta Sala, para anular la aludida experticia, máxime cuando en el peritaje ordenado y practicado en el proceso, realizado por la Sala 2 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, y no por la Sala 1, quien efectuó la primera calificación, se llegó a la misma conclusión, esto es, que el origen de las patologías del actor, es común.

No se desconoce que en todas las calificaciones efectuadas, se hizo mención al análisis de puesto de trabajo para el cargo de asistente de pintura, realizado en octubre de 2012, sin embargo, no fue el único elemento probatorio evaluado por las Juntas de Calificación; y, en todo caso, aunque al momento de practicar dicha valoración, refiere el actor, que, *“no se encontraba toda la línea de trabajo de un día común de la empresa (...) por ende en cada una de las estaciones no se encontraban*

¹ ARTICULO 1740. . Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. ARTICULO 1741. . La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.”

los vehículos con los cuales se tenía que empezar a trabajar” (hecho 12 fl. 437), el mentado análisis, sí describió y tuvo en cuenta la totalidad de tareas que el trabajador desempeñaba, esto es, lijado, tapones y enmascarado, aplicación de PVC, sellantes sobre piso y pilares (fls359-368); pudiendo entonces la especialista ocupacional verificar los riesgos y la exposición del demandante a los mismos, sin que el nivel de baja producción que se presentó justo el día de su elaboración, pueda considerarse factor suficiente para descartar su contenido.

Teniendo en cuenta lo anterior, se impone la confirmación de la sentencia de Primera Instancia, al no haber cumplido el demandante, con la carga probatoria que le asistía prevista en el artículo 167 del CGP, esto es, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, pues, considera la Sala, que bastaba con que, debido a su inconformidad frente al análisis elaborado en octubre de 2012, el actor, hubiese solicitado a su empleador, la actualización o elaboración de un nuevo estudio del puesto de trabajo, en un día de producción normal, y no escudarse, como señala en su recurso, en la imposibilidad de presentarse en la empresa, con un especialista particular para realizar una valoración independiente o en que sus compañeros de trabajo no quisieron presentarse a declarar en el proceso, para comprobar los riesgos a los cuales se encontraba expuesto en el cargo de pintor de vehículo.

De tal modo, al haberse desatado desfavorablemente la solicitud de ineficacia del dictamen la misma suerte corren las demás pretensiones de la demanda.

Costas en esta instancia a cargo del recurrente por haberle sido desfavorable. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de julio de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MAURICIO JAVIER GUTIERREZ** en contra de **SEGUROS DE RIESGOS LABORALES SURAMERICANA S.A.**, la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

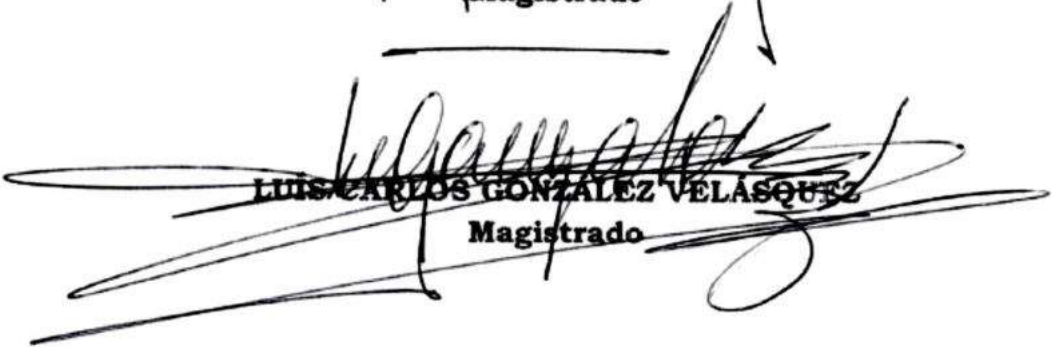
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$500.000=. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
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.
110013105016201900397-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROLANDO MAURICIO SANCHEZ CASTAÑEDA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS FUENTES, en los términos de los poderes otorgados obrantes de folios 344 vto a 346 vto).

ANTECEDENTES

ROLANDO MAURICIO SANCHEZ CASTAÑEDA, promueve demanda en contra de en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE

FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., para que previa anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al RAIS ante la omisión de HORIZONTE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A del deber de información, se ordene su 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, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el art 1746 del CC (SU-062 de 2010), 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 por los gastos de administración o cualquier otro que se hubiere generado en aplicación del art 963 del C.C, se condene a PORVENIR S.A en caso de haberse otorgado previamente la pensión 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 con el propósito de que no quede desprotegido de su derecho pensional, pago de costas, agencias en derecho y por concepto de resolución desfavorable de las excepciones previas, incidentes o nulidades; y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones el 1° de julio de 1980; se afilió al RAIS administrado por HORIZONTE ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A el 31 de julio de 2003, pero en el momento de la afiliación el asesor solamente se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS y las consecuencias negativas o específicas de abandonar el RPMPD, como tampoco le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de su mesada pensional en ambos regímenes, o le mencionó cuánto capital ahorrado exige para tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado, ni hasta qué edad debía cotizar y con qué salarios para alcanzar una pensión de vejez por lo menos igual o equivalente a la que recibiría en el ISS y menos sobre el derecho de retracto, entre otros aspectos; las AFP indicaron por medio de publicidad que en el RAIS se podían pensionar a temprana edad a diferencia del RPMPD, que la mesada sería más alta en los fondos privada, que iba a tener unos rendimientos y que el ISS iba a desaparecer; elevó solicitud de anulación de traslado ante las demandadas siéndole negada; actualmente se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. y según estudio comparativo actuarial el valor de su mesada pensional en el RPMPD sería de \$6.471.807 y en el RAIS de \$4.146.470 siendo evidente la diferencia del monto de la pensión; (fl. 192-226 sub 230)

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 y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con su afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, que la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A fue absorbida por PORVENIR S.A, las solicitudes elevadas ante las demandadas con sus respuestas y que actualmente se encuentra afiliado a PORVENIR S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–propuso las excepciones que denominó como inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y la genérica. (fl 264)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 305)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de julio de 2021, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado el 31 de julio de 2003 con efectividad desde el 1° de septiembre de ese mismo año teniendo en cuenta la transgresión al deber de información por parte de PORVENIR S.A.; condenó a esta última entidad a trasladar la totalidad de los recursos a la cuenta de ahorro individual con destino a COLPENSIONES incluyendo los intereses, frutos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales y en general toda suma que haya recibido por concepto de las cotizaciones; condenó a COLPENSIONES a recepcionar los recursos de la condena impuesta en el numeral que antecede, reactivando así la afiliación del demandante en el RPMPD el cual se declara ha sido el único al que en forma válida se ha encontrado afiliado; declaró no probadas las excepciones propuestas; y condenó en costas del proceso a la parte demandada, incluyendo \$250.000 como valor de las agencias en derecho a cargo de cada una de ellas.

RECURSOS 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., en tanto el demandante se trasladó en el año 2003 contando con la información necesaria en la que se le indicaron características y acceso a los servicios del régimen para evitar una coacción en la escogencia del fondo, no siendo su obligación realizar proyecciones sobre la mesada pensional, además que no se valoró de manera objetiva lo confesado en el interrogatorio por él rendido donde explícitamente señaló que recibió una asesoría previa a la vinculación en el año 2003 que duró una hora, hora y media, en la que el asesor sí le manifestó características propias del RAIS y del RPMPD, señalando que conocía los requisitos que debía cumplir para pensionarse en cada uno de estos y que él mismo había proporcionado la información con la que se había llenado el formulario de vinculación; por otro lado, no hizo uso del período de gracia que culminó en el año 2004, lo que permite concluir que quería permanecer afiliado en PORVENIR S.A, fundando su inconformidad con la diferencia de la mesada pensional entre uno y otro Régimen. De otra parte, en cuanto a la devolución de los rendimientos no resulta coherente que la figura de la ineficacia se aplique en unos sentidos y en otros no, pues si se debe entender que el negocio jurídico no existió es claro que los frutos generados por la vinculación tampoco se generaron, debiendo tenerse en cuenta que los gastos de administración y las primas a la aseguradora son descuentos autorizados por ley.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–, teniendo en cuenta que el actor estaba habilitado para realizar un traslado de régimen tal y como lo efectuó pues no tenía un derecho adquirido toda vez que no era beneficiario del régimen de transición, además dijo en su interrogatorio que conocía las características de ambos regímenes, que suscribió el formulario de afiliación, por lo que se cumplió con el deber de información, no siendo posible anexar la asesoría pues para ese tiempo se realizaba de manera verbal sin que se puedan imponer a las administradoras obligaciones no previstas en el ordenamiento jurídico vigente para el momento del traslado desvirtuando el principio confianza legítima; en todo caso, de declararse la nulidad del traslado, deben girarse todos los conceptos como rendimientos o gastos de administración teniendo en cuenta las sentencias de la Corte Suprema SL 17595/2017, SL 4989/2018 y SL1421/2019 con el fin de preservar la sostenibilidad financiera del RPMPD; y por último solicita que se revoque la condena en costas impuesta en su contra.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. Por su parte, PORVENIR solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la ineficacia del traslado ser beneficiario del régimen de transición, **iii)** si el formulario de afiliación firmado y el interrogatorio fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si PORVENIR S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como sumas adicionales tales como los rendimientos y gastos de administración, y **vi)** si COLPENSIONES está obligada al pago de costas. 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 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 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 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 solicitar 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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 305 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 31 de julio de 2003 con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 305, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien lo que indicó respecto a las

condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PORVENIR S.A, contrario a lo sostenido por la censura, es que era arquitecto especializado en gerencia de proyectos, trabajaba en la Universidad del Bosque, a través del Departamento de recursos humanos se realizó una convocatoria a todos los administrativos para atender una conferencia de socialización de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A a la cual era obligatorio asistir, todos escucharon y les dieron información de lo que representaba un fondo privado, ello teniendo en cuenta lo que decían los medios sobre la situación crítica del ISS cuya presentación no duró más de una hora u hora y media, que sólo le informaron sobre la compañía de forma general y que tendría unos rendimientos, pero no le informaron que pasaría con sus aportes en el ISS al momento en que se trasladara, tampoco cómo se recaudarían esos aportes en el RAIS, ni que eran aportes voluntarios, aceptó haber recibido los extractos, que no ha presentado ninguna queja ante PORVENIR S.A, que sí conoce los requisitos para pensionarse en el RPMPD porque era de dominio público pero los del RAIS los conoció cuando inició este proceso antes eran muy difusos, que su motivación para retornar al RPMPD es que el Estado nunca se quiebra mientras que las AFP no brindan ningún tipo de beneficio, que cuando realizó su traslado no fue debidamente documentado ya que en el año 2003 llevaba 1.183 semanas por lo que debieron haberle advertido de su permanencia en el ISS y la diferencia que puede percibir entre el RAIS y el RPMPD, y que con posterioridad a su traslado le enviaron el formulario de afiliación con una carpeta donde se tenía una serie de estadísticas -algo absolutamente abstracto no especificado a su situación.

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 ROLANDO MAURICIO SANCHEZ CASTAÑEDA 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 que ni su condición de profesional -arquitecto- genere 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.

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 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 PORVENIR S.A el 31 de julio de 2003 con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese 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, sin que la circunstancia de no haber hecho uso del derecho de retracto tenga la entidad de subsanar la nulidad presentada al momento de la afiliación, por la potísima razón

que el actor no demandó que se le hubiera impedido retornar al RPMPD, sino que el objeto del litigio se dirigió a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de PORVENIR S.A al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición y por esa vía la pensión, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia que así lo dispuso.

En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse «que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014); reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de PORVENIR S.A.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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.”

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...) (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por

lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su pretensión.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Por lo expresado, toda vez que el A quo condenó en costas a la parte demandante pese a que la sentencia le fue desfavorable a sus intereses, es por lo que se confirma tal determinación y se condenará tanto a COLPENSIONES como a PORVENIR S.A.

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,

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ROLANDO MAURICIO SANCHEZ CASTAÑEDA 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.

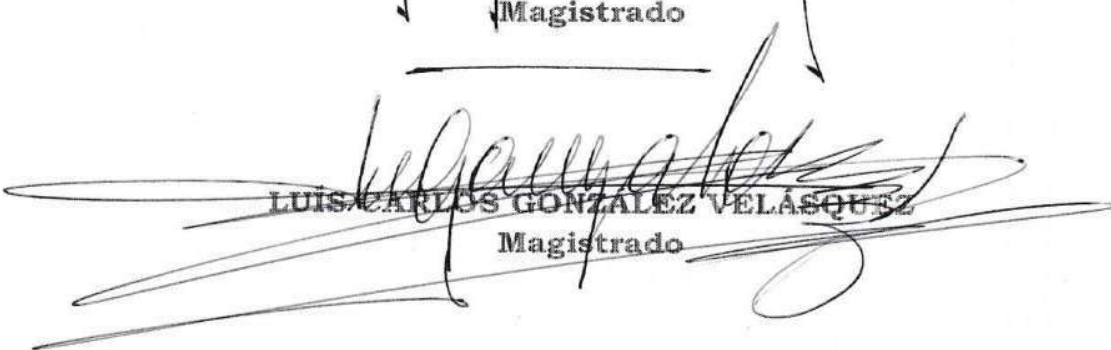
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105020202000401-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GABRIEL LAUREANO GÓMEZ DELGADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Gustavo Enrique Martínez González, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.014.196.194 y tarjeta profesional 276.516 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Gabriel Laureano Gómez Delgado promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS administrado por Protección S.A.; que se declare que para todos los efectos jurídicos, permaneció en el RPM administrado actualmente por Colpensiones, sin solución de continuidad; ordenar a Protección S.A. la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración; ordenar a Colpensiones a reactivar su afiliación, y a recibir los emolumentos devueltos por Protección S.A., procediendo adicionalmente a actualizar y corregir su historia laboral; condenar a Protección S.A. al

reconocimiento y pago de perjuicios morales causados, estimados en 200 salarios mínimos mensuales legales vigentes; costas del proceso. Subsidiariamente solicita que se declare como inexistente el acto por medio del cual se efectuó el traslado.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 6 de septiembre de 1954, contando con 66 años al momento de la presentación de la demanda; que estuvo afiliado al RPM administrado por el ISS desde el 1 de junio de 1976, trasladándose a Protección S.A. el 1 de diciembre de 1995, sin recibir información completa, clara, veraz, oportuna, técnica y adecuada, y sin informarle sobre las características del régimen, y la diferencia entre el monto pensional.

Refiere que cuando contaba con 62 años de edad, se le realizó una proyección pensional que arrojó datos incorrectos, sin que se hubiese tenido que el mismo era beneficiario del régimen de transición.

Que cuando contaba con 65 años de edad, se le realizó una nueva proyección pensional, la cual nuevamente arrojó datos incorrectos, la cual disminuyó considerablemente, a lo que se le informó que incidía si el afiliado tenía o no cónyuge, compañera permanente o hijos menores de 25 años, situación que tampoco le fue informada.

CONTESTACIONES 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 que las incluye; frente a los hechos, manifestaron en su mayoría no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad del demandante, las afiliaciones efectuadas, y las peticiones elevadas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó 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, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2021, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia de la afiliación o traslado del RPMPD al RAIS, efectuado por Gabriel Laureano Gómez Delgado a la AFP Colmena hoy Protección S.A. el 28 de noviembre de 1995; declarar como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones; ordenar a Protección S.A. a devolver los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del demandante, junto con los rendimientos financieros causados a Colpensiones, y los bonos pensionales si los hubiese, a su respectivo emisor; condenar en costas a las demandadas, absolviéndolas de las demás pretensiones incoadas en su contra.º

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, aduciendo que de conformidad con los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, el fondo privado suple sus obligaciones relativas al deber de información, al momento de suscribir el formulario de afiliación, toda vez que la firma allí plasmada supone que la misma se hace de manera voluntaria, libre y espontánea, sin que se evidencia vicio del consentimiento.

Adicionalmente, que en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, manifestó que nunca se acercó a la AFP a solicitar información sobre su futuro pensional, quien también debe ser diligente y mostrar intereses, y contar con conocimiento sobre las normas que rigen el régimen.

Refiere que, al 1 de abril de 1994, el demandante tenía la edad de 39 años, y no acreditó las 750 semanas, circunstancia que no lo hace beneficiario del régimen de transición.

Con relación a la condena en costas, indica que en estricto cumplimiento del orden legal, Colpensiones no tuvo injerencia con la decisión del demandante de trasladarse al RAIS, no pudiéndose cargar impositivamente a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, aduciendo que en el presente proceso la demandante no está amparada por el régimen de transición, y por tanto no puede retornar al RPM en cualquier tiempo, pues debió hacerlo cuando le faltaran mas de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión.

Adicionalmente, refiere que debe tenerse en cuenta la descapitalización del sistema pensional, y declararse probado el fenómeno prescriptivo.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por el demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen de transición y contar con una expectativa legítima de pensión, y **iv)** si procede la exoneración en costas a favor de Colpensiones. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 232 obra solicitud de vinculación y traslado del RPMPD a Cesantías y Pensiones Colmena, diligenciado el 28 de noviembre

de 1995, 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 que absolvió el demandante, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su traslado al RAIS, indicó que se encontraba en su oficina, y el jefe de talento humano se comunicó con el, quien le indicó que había una persona que quería hablar con el; que al dirigirse al sitio, lo recibió una señora, quien lo cuestionó sobre si se quería cambiar, que podría ganar mas dinero, y tener una pensión más alta, y que lo único que tenía que hacer era firmar un documento. Que igualmente le insinuó que el ISS se acabaría; que no advirtió que el derecho de retracto estaba consignado en el formulario de vinculación; que en el año 2009 adelantó todos los trámites para retornar a Colpensiones, y que pese a que le dijeron que el mismo podría ser efectivo, y que en el momento en que fue a reclamar su pensión a Colpensiones, le indicaron que no estaba allí afiliado; que no se encuentra pensionado; que no ha tenido asesorías posteriores a la vinculación con Colmena.

Asimismo, se recibió el testimonio del señor José Miguel Páez, quien adujo haber sido compañero de trabajo del demandante en la empresa Coca Cola. Indicó que no estuvo presente al momento en que el actor realizó el traslado de fondo, pero que Colmena se hizo presente en la entidad para la que laboraban, y los llamaban individualmente, junto con el personal de talento humano; que previo a esa reunión, no se les realizó ninguna capacitación; que no sabe ni le consta si al demandante le hicieron algún estudio pensional; que no les indicaron que podrían retractarse de esa afiliación; que no sabe ni le consta si al demandante le dieron información sobre futuras mesadas pensionales; que no sabe ni le consta si el demandante le solicitó al asesor información adicional.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Colmena hoy Protección 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 Gabriel Laureano Gómez Delgado 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 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 Colmena hoy Protección S.A. el 28 de noviembre de 1995, 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.

DE LA CONDENA EN COSTAS

Habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la apoderada de COLPENSIONES frente a la condena a ella impuesta por este concepto no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se le releve de su pago y menos para que se extienda el mismo a quien no se ordenó, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, por lo que no hay lugar a revocar la condena por este concepto, debiendo imponerse costas en esta instancia ante el resultado desfavorable de su recurso.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente, dado el resultado adverso de su apelación.

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 31 de agosto de 2021, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **GABRIEL LAUREANO GÓMEZ DELGADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹ “**ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)”

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.oo, en favor de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

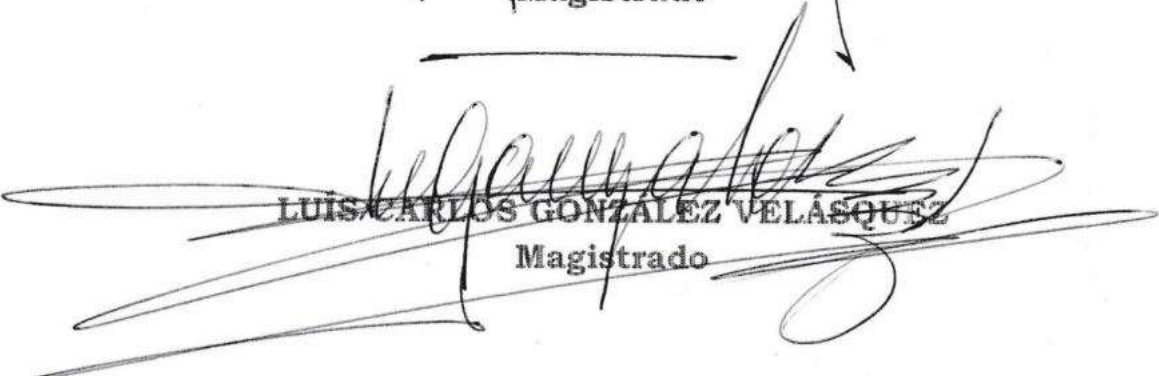
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008201800413-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por el apoderado de la demandad ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 05 de abril de 2021, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CARMELO ANTONIO PADILLA ROSITO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con la vinculación de la **SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **PROTECCION S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y sustituir el poder conferido a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 277 vto al 279 vto.

ANTECEDENTES

CARMELO ANTONIO PADILLA ROSITO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que,

se declare la nulidad de su traslado al RAIS, por la indebida y nula información de las características de ese régimen pensional; y, en consecuencia, que se ordene a COLPENSIONES y PROTECCION S.A., realizar todas las gestiones administrativas encaminadas a anular su traslado el 14 de diciembre de 1994; que, se ordene a COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual; que, se ordene a COLPENSIONES recibirlo en esa Administradora, sin solución de continuidad, y que, una vez reciba los aportes, proceda a corregir y actualizar su historia laboral, teniendo como única afiliación válida, la efectuada el 10 de marzo de 1983 al ISS; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de agosto de 1962; que, se afilió al Instituto de Seguro Social, el 10 de marzo de 1983 hasta el 10 de diciembre de 1994, cuando se trasladó al RAIS, sin la suficiente ilustración, por lo que su decisión, no estuvo precedida de un consentimiento libre y voluntario; que, COLFONDOS S.A., no le informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, dentro del año siguiente a la entregada en vigencia de la Ley 797 de 2003; tampoco, se le comunicó la prohibición de cambiar de régimen pensional cuando se encontrara a 10 años o menos de cumplir la edad para pensionarse; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS, obteniendo una respuesta desfavorable al respecto (fls. 3-19 y 72-88).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y las demás que se encuentren probadas (fls. 101-104).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls. 112-130).

Por auto del 25 de octubre de 2019, se ordenó la vinculación al proceso de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A y de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., comoquiera que, el actor, también estuvo afiliado a esas Administradoras (fl.157).

PROTECCION S.A., propuso las excepciones de 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes (fls.182-192).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (fls. 222-237).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de abril de 2021, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante; condenando a COLPENSIONES a admitir su traslado del RPM; condenó a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración, debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos frutos e intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del CC, esto es, junto con los rendimientos que se hubieren causado; adicionalmente, condenó a COLPENSIONES, a aceptar todos los valores devueltos y efectuar los ajustes en la historia pensional del demandante, sin condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando de manera principal que se revoque la totalidad de la sentencia de Primera Instancia, argumentando que, no compartía el análisis efectuado por el a quo, respecto a los medios probatorios, teniendo en cuenta que, para el momento de traslado del demandante, no se documentaba la asesoría porque no era un deber ni una exigencia legal; que, debe entenderse que, si

el afiliado suscribió el formulario de afiliación, además de ser la única exigencia para que se diera validez al traslado, éste también estuvo de acuerdo con la información que se le brindó por parte del asesor del fondo, pues, de lo contrario hubiese optado por no suscribirlo y no aceptar la vinculación.

Pide de manera subsidiaria que, en caso de confirmarse la sentencia apelada, se adicione ordenando a COLFONDOS S.A., también trasladar los pagos realizados por concepto de seguros previsionales, así como lo cancelado al fondo de garantía de pensión mínima; y que, dicha condena se haga extensiva a PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A., quienes se beneficiaron de los gastos de administración que canceló el demandante, durante el tiempo que éste estuvo vinculado a ING y HORIZONTE, quienes posteriormente se fusionaron con esas Administradoras.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, PORVENIR solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último la parte actora solicita que se confirme la decisión proferida por el A Quo ya que no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que PORVENIR entrego la información suficiente, al contrario en el interrogatorio quedó establecido que la reunión donde se vinculó al fondo fue de carácter colectivo no fue una atención personalizada, la afiliación no se realizó de manera libre y voluntaria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si ING hoy PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de ING PENSIONES Y CESANTÍAS; y iii) si debe hacerse extensiva a PROTECCION S.A. y la AFP PORVENIR S.A., la orden de devolución de gastos administración.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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, 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, 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, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones, 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 sentido, al plenario se allegaron como pruebas, certificación de traslado del demandante, expedida por COLPENSIONES (fl. 41); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fl. 42); derechos de petición presentados ante las demandadas COLFONDOS S.A y COLPENSIONES (fls. 43-65); respuestas dadas por COLPENSIONES a la reclamación administrativa (fls. 66-68); expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (CD fl. 108); consulta SIAF (fl. 131, 198); certificación de afiliación del actor a COLFONDOS S.A. (fl. 132); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de pensiones Obligatorias COLFONDOS, suscrito el 07 de junio de 2002, con fecha de efectividad julio de 2002 (fl. 135); formulario solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCION, de fecha 03 de julio de 2001 (fl. 197); reporte estado de cuenta de ahorro individual en PROTECCION S.A. (fl. 199 y 261-263); formulario solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 09 de junio de 1998 (fl. 238); formularios de afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS de fechas 29 de octubre de 1997 y 20 de enero de 1998 (fls. 239 - 240); constancia traslado aportes de PROTECCION S.A. (fl. 260).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, el demandante, quien informó que, estaba trabajando en PETROQUIMICA COLOMBIANA, en el año 1994, cuando se trasladó del ISS, a un fondo privado, que fue creado por uno de los directivos de la empresa, inicialmente se llamó SOLIDEZ, y ahí no tuvieron ningún tipo de capacitación o información respecto a lo que implicaba dicho cambio, y luego, notó un cambio automático en el nombre, que ahora se llamaba DAVIVIR; que, para el 28 de octubre de 1997, comenzaron a hacer visitas a la empresa, representantes de HORIZONTE, quienes le informaron que haría una mejor administración de sus recursos, que tenía mayor solidez, por eso decidió trasladarse a esa AFP, pero, el 20 de enero del año 1998, nuevamente un asesor de HORIZONTE, lo contacta para que firme el formulario de afiliación, porque habían diligenciado un formato para cambio de régimen y que él ya pertenecía a un fondo de pensión privado: que, meses después, en el mismo año 1998, un compañero de trabajo que ya estaba retirado, apareció siendo representante de la AFP PORVENIR S.A., entonces, por solidarizarse con él, se cambió a esa Administradora, hasta el año 2001, cuando pasó a PROTECCION S.A. y, para el 7 de junio de 2002, por información de sus compañeros, firmó la afiliación de COLFONDOS S.A.; no recuerda haber firmado formulario de afiliación a DAVIVIR, ni a ING; que, la empresa

autorizaba el ingreso de asesores de las AFP, pero a veces los contactaba fuera del sitio de trabajo; que, siempre le decían que en cada Administradora, iba a estar mejor que las otras, que harían una manejo adecuado del dinero de ahorro para la pensión y que iba a estar muy bien, pero, no le ofrecían mayor cosa; que, no fue informado de las características del RAIS; que, tuvo conocimiento de algunos casos de compañeros, que no cambiaron de régimen pensional, y sufrieron persecución por ese tema; que, vivió presión interna dentro de la empresa por el traslado de régimen pensional; que, no recibió amenazas ni intimidación por parte de ningún asesor de las AFP demandadas para firmar el formulario de afiliación o cualquier otro documento.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita haberle suministrado, al momento de su traslado inicial al RAIS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación, téngase en cuenta que, no se logró allegar al plenario, el presunto formulario inicialmente diligenciado por el actor ante DAVIVIR, ni la AFP ING, y en cuanto a sus vinculaciones con PROTECCION S.A., la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., se advierte que aunque éste reconoce haberlos firmado de manera libre y voluntaria, ha de decirse que tal circunstancia resulta insuficiente para efectos de acreditar que las Administradoras privadas de fondos de pensiones, hayan asesorado de forma plena al actor, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando ING hoy PROTECCION 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 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 el actor a ING PENSIONES Y CESANTIAS, el 01 de enero de 1995, 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; sin que los posteriores cambios de Administradora, a PROTECCION S.A., HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS, la AFP PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, para adicionar la sentencia de Primera Instancia, y, condenar a COLFONDOS S.A., también a devolver, las sumas descontadas al demandante, para seguro previsional y el fondo de garantía de pensión mínima, basta indicar que, conforme a lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de julio de 2020, con radicado 78667, 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, por lo tanto, dentro de los valores a devolver al RPM, debe incluirse todo aquello que la Administradora privada de pensiones, retuvo a título de cuotas de administración y comisiones, seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional; aclarando que:

“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».

Teniendo en cuenta lo anterior, se accederá a lo solicitado por COLPENSIONES, en consecuencia, se adicionará el numeral tercero de la sentencia apelada, ordenando a COLFONDOS S.A., también devolver a COLPENSIONES, los valores descontados al demandante, durante el tiempo que estuvo afiliado a esa Administradora, por concepto de pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima.

Asimismo solicita COLPENSIONES, adicionar la sentencia de Primer Grado, condenando a la AFP PORVENIR S.A. y a PROTECCION S.A., a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, petición a la cual también habrá de accederse, pues, como

señala la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia en cita:

“...los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre 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.

Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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». (Negrilla fuera de texto).

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados.

Sin COSTAS en la Instancia. Se confirman las de Primer Grado.

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: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia apelada, proferida el 05 de abril de 2021, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, también condenar a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** a devolver a

COLPENSIONES, las sumas de dinero descontadas al señor CARMELO ANTONIO PADILLA ROSITO, por concepto de pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral séptimo a la sentencia apelada, condenando a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, y a **PROTECCION S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES** las sumas de dinero descontadas al señor CARMELO ANTONIO PADILLA ROSITO, durante el tiempo que estuvo afiliado a esas Administradoras, por concepto de pago de seguros previsionales y aportes para garantía de pensión mínima, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

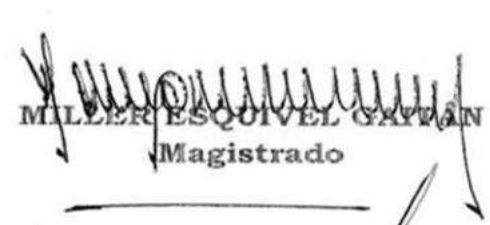
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

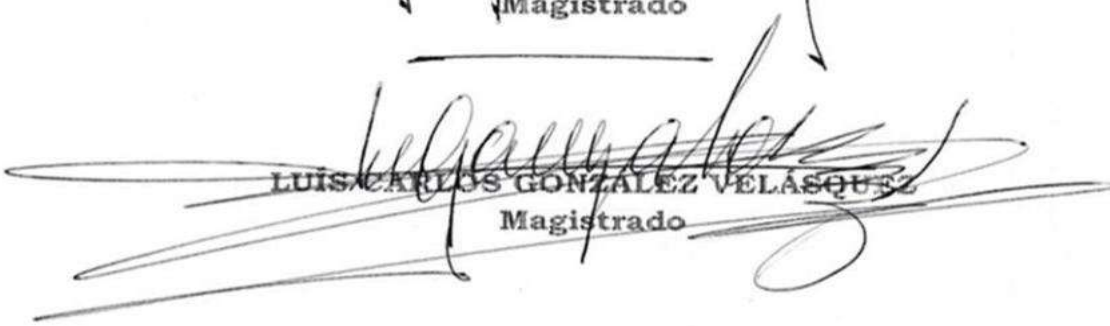
SEGUNDO: Sin COSTAS en la Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105022201900415-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – indemnización sustitutiva.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 19 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ORLANDO CAMACHO GARZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

ANTECEDENTES

ORLANDO CAMACHO GARZÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, para que, se declare que tiene derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, contemplada en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993; y, en consecuencia, se condene al pago de \$9.321.529,41, debidamente indexada, junto con los intereses moratorios, los ultra y extra petita, las costas, agencias en derecho y gastos del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, entre el 01 de marzo de 1982 y el 01 de enero de 2002, para un total de 572,30 semanas; que, por su estado de invalidez reconocido por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y ante la imposibilidad de seguir cotizando al RPM, el 14 de septiembre de 2015, solicitó a COLPENSIONES, la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante resolución GNR25756 del 25 de enero de 2016, argumentando que actualmente se encuentra devengando pensión de invalidez o jubilación,

reconocida por otra Administradora, y no puede percibir dos prestaciones que provengan del Tesoro Público; que, 23 de febrero de 2016, interpuso recurso de apelación contra esa decisión, el cual fue resuelto a través de la resolución VPB 15685 del 7 de abril de 2016, que confirmó la inicial (fls. 18-23).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma **COLPENSIONES**, dio contestación oportuna a la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, aceptando los hechos de la misma, insistiendo en que la indemnización sustitutiva que pretende el actor es incompatible con la pensión de jubilación que le fue otorgada por parte del Magisterio, según el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, el artículo 18 de la Ley 4 de 1992, el artículo 128 de la Constitución Política y el inciso 4 del artículo 17 de la Ley 549 de 1999. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social de origen público y la innominada o genérica (fl.28-33).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de octubre de 2020, el Juzgado veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a COLPENSIONES, a pagar al demandante, la indemnización sustitutiva por el tiempo cotizado ante esa Administradora, entre el 01 de marzo de 1982 y el 31 de enero de 2003, valor que asciende a \$29.713.737,26, y que deberá ser debidamente indexado a la fecha del pago efectivo; absolvió de las demás pretensiones, condenando en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, teniendo en cuenta que la situación del demandante, no encuadra en ninguna de las situaciones descritas, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, pues, ya se le reconoció pensión de invalidez por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la cual resulta incompatible con la indemnización sustitutiva, conforme al Decreto 1730 de 2001 y el artículo 53 del Decreto 1255 de 1994 y por estar vinculado al Magisterio, antes del 20 de junio de 2002, consolidándose su derecho el 19 de junio de ese mismo año.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicito revocar la sentencia apelada, insistiendo en que existe una incompatibilidad entre las pensiones reconocidas por la actividad docente y las prestaciones reconocidas por el sistema General de Pensiones, en la medida que la Ley 60 de 1993 fue derogada por la Ley 715 de 2001 y ésta no contempló nada relacionado con la compatibilidad de las prestaciones de la actividad docente; que, la reclamación de pensión de vejez ante Colpensiones de un docente que se vinculó al Magisterio público antes del 20 de junio de 2000 con causación a la pensión de jubilación en el FOMAG y cuyo derecho se consolida con posterioridad al 19 de junio de 2002, es incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que eventualmente pueda solicitar del RPMPD; y que, los docentes que, al 18 de mayo de 1992, no reunían los requisitos legales indispensables para obtener el reconocimiento de la pensión, no pueden recibir dos asignaciones del tesoro público, aunque una de éstas tenga el carácter de pensión; aún más, que, a partir de esa fecha, no hay posibilidad legal de percibir doble asignación, una como docente y otra como pensionado, teniendo en cuenta lo anterior y comoquiera que, el señor ORLANDO CAMACHO GARZON, adquirió su pensión de jubilación con el Magisterio solo hasta el año 2015, de ninguna manera sería posible que reciba otra asignación ya que es la misma Ley la que lo prohíbe.

Por su parte, el demandante, señaló que, debía confirmarse la decisión de Primera Instancia, pues, la pensión de invalidez reconocida por la Resolución No. 1340 del 6 de marzo de 2015 expedida por la Secretaría de Educación de Bogotá, de parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no corresponde a una prestación a cargo del Sistema General de Pensiones, sino, que por el contrario esta exceptuado tal y como lo define el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, por consiguiente, la pensión de invalidez no se encuentra financiada con recursos del Sistema General de Pensiones tal y como lo afirma la Administradora Colombiana de Pensiones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si procede el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez por cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, pese a que el demandante, es beneficiario de una pensión de invalidez por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

DE LA INCOMPATIBILIDAD ENTRE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ DEL RPM Y LA PENSIÓN DE INVALIDEZ RECONOCIDA POR EL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO

Alega COLPENSIONES, en su recurso, la incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, reclamada por el demandante, con la pensión de invalidez que el mismo percibe por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, al tratarse de dos asignaciones que vienen del Tesoro público.

Al respecto, sea lo primero señalar que, conforme a lo indicado por el inciso 2 del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, las reglas del Sistema General de Pensiones, no se aplican a *“los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*.

Por su parte, el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, que reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, consagra la posibilidad de acumular cotizaciones, en el caso de profesores que para la fecha de su promulgación, 29 de marzo de 1994, se encontraban afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio o que se tuvieran que afiliar y que además, recibieran remuneraciones del sector privado, pudiéndose vincular al RPM o al RAIS, a través de la Administradora de su elección, aplicándose al afiliado las condiciones vigentes del régimen seleccionado, así:

“...Las personas actualmente afiliadas o que se deban afiliar en el futuro, al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación. En este caso, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado...”

Respecto a la compatibilidad entre una pensión de jubilación oficial y una pensión de vejez reconocida por el ISS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, reiterada el 17 de julio de 2013 en la sentencia con radicación 41001, indicó:

“los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Además, los reglamentos del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES no restringen la viabilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, sino que, más

bien, de su examen lo que se colige es que son afiliados forzosos al régimen de prima media con prestación definida, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral...”.

De otra parte, el artículo 128 de la Constitución Política, señala que nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley; indicando que se entiende por tesoro público el de la Nación, el de las entidades territoriales y el de las descentralizadas; frente a lo cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 28 de noviembre de 2018, radicación 42996, reiterando las sentencias 48880 del 28 de febrero de 2018 y 52150 del 14 de marzo de 2018, indicó que la regla general del Sistema General de Pensiones es la incompatibilidad entre pensiones que amparen la misma contingencia, en virtud de los principios de universalidad, solidaridad y unidad que lo gobiernan, los cuales impiden que un mismo afiliado perciba dos prestaciones que cubran el mismo riesgo; precisando que en relación con las pensiones de jubilación derivadas de servicios prestados al Estado, podrían llegar a ser compatibles con las prestaciones generadas por cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, siempre y cuando el tiempo de servicios sea completado antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 o cuando se trate de una prestación reconocida a través de Cajas de Previsión, donde claramente haya diferenciación en las fuentes de financiamiento.

En el presente caso, reclama el demandante, la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, por las cotizaciones efectuadas al Sistema General de Pensiones, a través del Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES, por diferentes empleadores del sector privado, desde el 01 de marzo de 1982 hasta el 31 de enero de 2003, para un total de 572 semanas cotizadas (fl. 3 y CD f. 42); y, aunque es beneficiario de una pensión de invalidez reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, mediante Resolución No. 1340 del 06 de marzo de 2015, por haber prestado servicios como Docente, debido a una pérdida de capacidad laboral del 96%, estructurada el 29 de octubre de 2014 (CD fl. 42); lo cierto es que, ambas prestaciones son compatibles, tal como lo concluyó la Juez de Primera Instancia, ya que, su fuente de financiación es independiente, además, su reconocimiento está a cargo de diferentes entidades.

Sin que le asista razón a la apoderada de COLPENSIONES, cuando afirma que el demandante estaría percibiendo doble asignación del tesoro público, pues las prestaciones que tienen su fuente en el Sistema General de Pensiones, pretendida en este caso, se financian con recursos parafiscales y, por tanto, no se vulnera el artículo 128 de la Constitución Política.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 19 de octubre de 2020, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ORLANDO CAMACHO GARZON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

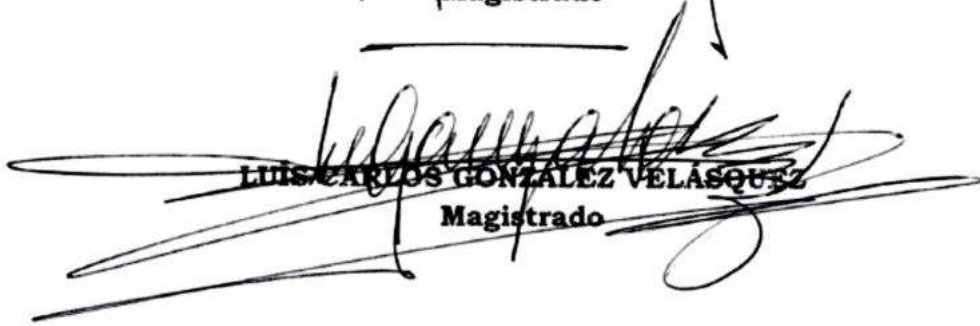
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105032202000420-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de octubre de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SONIA GONZÁLEZ GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Diana Johana Buitrago Ruge, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.025.170 y tarjeta profesional 226.864 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Sonia González Gómez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la ineficacia del traslado de régimen realizado el 18 de agosto de 1999 con fecha de efectividad el 1 de septiembre de la misma anualidad, a Porvenir S.A.; que se ordene a las codemandadas a realizar todas las gestiones administrativas pertinentes para declarar ineficaz el traslado de régimen; que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en su cuenta de ahorro individual, ordenando a esta última a recibirla sin

solución de continuidad, procediendo a corregir y actualizar la historia laboral; que declare que para todos los efectos, la única afiliación válida fue la efectuada el 4 de diciembre de 1978 al ISS; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 22 de marzo de 1963, cumpliendo la edad mínima requerida dentro del RPMPD para acceder a la pensión de vejez en el año 2020; que se afilió al ISS el día 4 de diciembre de 1978, y posteriormente, el 18 de agosto de 1999, se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., sin que hubiese estado precedida de la suficiente información e ilustración por parte de dicha AFP, pues no le suministró información clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, aunado a que tampoco se le informó antes del 22 de marzo de 2010, sobre la imposibilidad de trasladarse cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, conforme lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Refiere que Porvenir S.A. le indicó que su mesada pensional sería de \$2.866.154 en el RAIS, y que posteriormente, se le manifestó que en el RPM, la misma sería de \$6.046.146.

CONTESTACIONES 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, Colpensiones en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, la vinculación al ISS, y la petición presentada el 2 de diciembre de 2020; Porvenir S.A. frente a los hechos manifestó en su totalidad no ser ciertos, o no constarles.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

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

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de octubre de 2021, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado a través de Porvenir S.A. el 18 de agosto de 1999; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados por la demandante al RAIS, junto con sus rendimientos, y lo descontado por concepto de gastos de administración; ordenar a Colpensiones a recibir a la señora Sonia González Gómez como afiliada al RPMPD sin solución de continuidad, condenando en costas a la AFP Porvenir S.A., y concediendo el grado jurisdiccional en consulta a favor de Colpensiones en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

PORVENIR S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y se absuelva a la AFP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, aduciendo que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado, teniendo en cuenta que para la época del traslado se cumplió a cabalidad con las exigencias establecidas a su cargo conforme los lineamientos del artículo 97 del Decreto 663 y la Circular emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, entendiendo que se entendía materializado y válido el consentimiento del traslado de régimen pensional con la firma del formulario de afiliación, sin que para dicho lapso las AFP estuvieran obligadas a aportar documentos que llegasen a aprobar la información suministrada a los demandantes en el momento de las asesorías, máxime, cuando ello no quiere decir que no se le hubiese suministrado la información en debida forma, pues contrario a ello, se demuestra que la administradora cumplió con el deber de asesoría.

Adicionalmente, refiere que el paso del tiempo y la permanencia en el RAIS, dan a entender que la demandante aceptó las condiciones de dicho régimen y de verse ampliamente beneficiada por el mismo, sin que en ningún momento se hubiese vulnerado su derecho a la libre elección.

Que en lo que respecta a los gastos de administración, no es factible su devolución, debido a que en el RPM también se destina un 3% de la cotización, a financiar dichas cuotas, las pensiones de invalidez y sobrevivientes, adicional a que los mismos están llamados a ser prescritos, por cuanto no están llamados a financiar la pensión de vejez de la actora, aunado a que se iría en contravía de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES manifiesta que el juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que Colpensiones es un tercero de buena fe, ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y Porvenir S.A., y teniendo en cuenta que todos los negocios jurídicos tienen efectos inter partes independientemente de la decisión adoptada, Colpensiones no debe verse favorecida ni perjudicada, aunado a que la decisión afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad en pensiones, el cual fue establecido por el artículo 48 de la C.P, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005.

Igualmente, solicita que sea la AFP quien asuma la diferencia, y quien se haga cargo de la pensión de la demandante en los mismos términos y condiciones que tendría en el RPMPD; y que, si por el contrario se llegase a confirmar la decisión, solicita que ordene a la AFP a que pague a Colpensiones los perjuicios económicos que genera el retorno de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, indicando que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente proceso, máxime, cuando en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, se pudo determinar que el motivo por el cual se siente engañada en el RAIS, es por no habersele indicado adecuadamente las características del régimen pensional y el valor al cual ascendería su mesada pensional en uno u otro régimen, por lo que en caso de existir algún tipo de error, sería sobre un punto de derecho y no de hecho, siendo válida la afiliación realizada.

Adicionalmente, manifiestan que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** allega alegatos de conclusión, aduciendo que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó ni se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico de traslado. Adicionalmente, que no puede desconocerse que siempre se le garantizó a la parte actora el derecho de retracto, lo que se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004.

Refieren que no es viable imponer cargas distintas a la AFP, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima.

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** solicita confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se logró acreditar que la vinculación efectuada estuviese precedida de la suficiente ilustración e información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación 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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario de vinculación es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si la permanencia en el RAIS sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **v)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **vi)** si frente a las sumas de gastos de administración opera el fenómeno prescriptivo. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 65 del ítem 4 del expediente digital obra solicitud de vinculación y traslado del RPMPD a la AFP Porvenir diligenciado el 18 de agosto de 1999, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS manifestó que en el año 1999 el área de talento humano de la entidad para la que trabajaba en ese momento, les comunicó que se acercaría una persona de un fondo privado a darles una información; que efectivamente, se acercó un asesor, quien individualmente, les indicó que el ISS se acabaría, y que las personas que estaban cotizando allí perderían sus ahorros, mientras que la AFP les garantizaría que se podrían pensionar; que la reunión duró alrededor de 10 a 15 minutos; que no se le habló de beneficiarios, y que únicamente se le preguntó por las personas que tenía a su cargo; que no se le indicó nada sobre lo que pasaría con sus aportes en caso de fallecer; que no se le informó sobre la posibilidad de pensionarse de manera anticipada, ni sobre los aportes voluntarios; que ha recibido extractos; que se afilió de manera libre y voluntaria a Porvenir S.A.; que el asesor de la AFP no le indicó cuales serían los requisitos para pensionarse; que no se le informó cual sería su mesada pensional en el RAIS; que no se acercó al ISS ni a Colpensiones a solicitar información sobre el RPM; que no conoce los requisitos para pensionarse actualmente; que para el año en que se efectuó su traslado no tenía ningún conocimiento en seguridad social; que no ha solicitado la pensión a Porvenir S.A.

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 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 a la señora Sonia González Gómez 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 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 18 de agosto de 1999, 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de Davivir y Colmena, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos*

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 cubre 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.”

Se debe agregar que, ninguna afectación al sistema financiero puede invocarse 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.

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.

Frente a los requerimientos de la apoderada de Colpensiones con respecto a disponer que sea la AFP quien se haga cargo de la pensión de la demandante, o que en caso de confirmarse la sentencia se le ordene pagar a Colpensiones los perjuicios económicos generados, la sala se releva de su estudio, por cuanto las mismas no formaron parte del litigio en el presente proceso.

En conclusión, basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes, dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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 octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **SONIA GONZÁLEZ GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

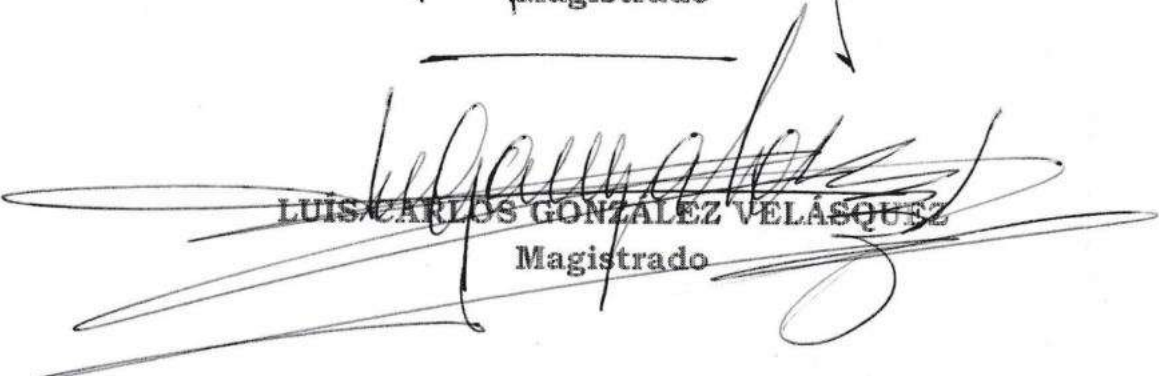
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105021201800421 01

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días del mes de julio de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública de Juzgamiento en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Cálculo actuarial- pensión de vejez

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora contra la sentencia proferida el 08 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió GREGORIO TRUJILLO en contra de la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO SAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderado sustituto al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 207 a 2010.

ANTECEDENTES

GREGORIO TRUJILLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO SAS y contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES en procura de que se condene a dicha sociedad a pagar las cotizaciones dejadas de cancelar a COLPENSIONES, previa elaboración del cálculo actuarial, junto con el pago de los intereses moratorios a los que rigen para el impuesto de renta y complementarios con el art. 23 de la Ley 100 de 1993; seguido lo cual, se declare que es beneficiario del régimen de transición, y en consecuencia, se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez junto con su retroactivo pensional por las mesadas causadas y no pagadas, la indexación, los intereses moratorios consagrados en el art. 141 de la Ley 100 de 1993, las costas y agencias en derecho y los demás derechos que resulten probados en extra y ultra petita.

Como soporte de sus pretensiones, informó, en síntesis, que mediante resolución No. GNR del 26 de noviembre de 2014 COLPENSIONES le negó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez porque sólo acreditaba un total de 5.671 días laborados correspondiente a 810 semanas, por lo que no cumplía con el requisito de semanas de cotización para acceder a esta prestación; que trabajó para la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. del 1° de abril de 1975 al 7 de diciembre de 1980 y de 16 de marzo de 1981 al 12 de febrero de 1982, períodos en los que la demandada no realizó las cotizaciones al sistema de seguridad social y corresponden a 339.13 semanas; que nació el 15 de junio de 1952 por lo que arribó a los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2012, que según el reporte de semanas expedido por COLPENSIONES posee 829 semanas de cotización y; que si se tiene cuenta la totalidad de las semanas –inclusive las no pagadas por quien en otrora fuese su empleador- las mismas ascendería a 1.168,13. (fls 1-14 y subs fls 63-64)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Admitida y notificada la demandada en legal forma, las demandas dieron contestación al libelo demandatorio así:

LA SOCIEDAD INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S., a través de la documental obrante a folios 101 a 107, se opuso a la prosperidad de las suplicas del demandante. En relación a los hechos señaló que la totalidad de los mismos *no eran ciertos o no lo le constaban y* propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido y la innominada o genérica.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, con escrito de folios 133 a 140 dio contestación oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Frente a los hechos aceptó los relacionados con la solicitud de pensión elevada por el demandante, que la entidad negó el reconocimiento, la presentación de los recursos en contra la decisión, el agotamiento de vía gubernativa, la fecha de nacimiento del demandante y que el mismo posee un total de 829 semanas de cotización. Como medios exceptivos propuso los que denominó como: falta de legitimación en la causa por activa, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, compensación, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia celebrada el día 8 de julio de 2021, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., decidió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones *FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA*, propuesta por **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S.**

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de *COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DEL DERECHO RECLAMADO, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN*, formuladas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas **INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor **GREGORIO TRUJILLO.**

CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante. *Liquidense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$300.000, a favor de cada uno de los demandados.*

QUINTO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior, por el ser adversa a los intereses de la demandante.»

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el apoderado de COLPENSIONES insistió en la confirmación del fallo por cuanto la parte actora no probó su relación con la parte co-demandada.

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

CONSIDERACIONES

Con el fin de desatar el grado jurisdiccional en favor del demandante, se impone este Colegiado determinar, en primera medida, si se encuentra plenamente demostrada la relación laboral regida por un contrato de trabajo entre el demandante, Gregorio Trujillo y la sociedad demandada INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. – ICA DE MÉXICO S.A.S.; y, en caso afirmativo si esta debe cancelar el cálculo actuarial, y si como consecuencia de tal obligación le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES previo computo de dicho término.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE LAS PARTES PARA EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 1° DE ABRIL DE 1975 Y EL 7 DE DICIEMBRE DE 1980 Y DEL 16 DE MARZO DE 1981 AL 12 DE FEBRERO DE 1982

Si bien es cierto las pretensiones incoadas en libelo introductorio, directamente contra la sociedad ICA de México S.A.S. se circunscribieron a: “**1.** *Pagar las cotizaciones dejadas de cancelar a la Administradora*

Colombiana de Pensiones- Colpensiones-. 2. Que dichos pagos se realicen sobre el cálculo actuarial que realice para el efecto la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-. 3. Pagar los intereses moratorios iguales a los que rigen para el impuesto a la renta y complementarios de conformidad con el art. 23 de la Ley 100 de 1993.», de donde se tiene que el demandante no exige el reconocimiento de una relación laboral, lógico resulta para la prosperidad de dichas súplicas que el demandante acreditara la existencia de este vínculo, pues como es sabido, una de las características propias de una relación laboral es el reconocimiento y pago en favor del trabajador dependiente de las cotizaciones con destino a las entidades que componen el sistema de seguridad social.

Aclarado lo anterior, se remite la Sala al estudio del material probatorio que milita en el informativo con el cual se pretendió demostrar la aludida relación laboral; así:

A folio 18 del informativo obra certificación expedida por CONSORCIO DE MÉXICO Y GRANDICON LTDA. – PROYECTO SAN CARLOS, en el cual se indica: *«Que el señor Gregorio Trujillo, identificado con la cédula de ciudadanía No. 14.986.075 expedida en Cali Valle, trabajó en esta empresa desde el 16 de marzo de 1981 hasta el 12 de febrero de 1982 desempeñando el cargo de GP. IE de Cargador más de 3 1/2 yardas con un salario ordinario de cuatrocientos ochenta peses».*

A folio 19 reposa certificación expedida por la empresa «Ingenieros Civiles Asociados S.A. “ICA DE MÉXICO – SUCURSAL COLOMBIA», en la cual se certifica: *«que el señor Gregorio Trujillo identificado con la cédula No. 14.986.075 expedida en Cali, trabajó en el Proyecto Chingaza, desempeñando el cargo de Operador de Cargador, durante el periodo comprendido entre el 1° de abril de 1975 y el 7 de diciembre de 1980 (...)*».

A folios 20 y 21 del plenario, obra liquidación de prestaciones sociales realizadas al demandante, por la empresa INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. “ICA DE MÉXICO – SUCURSAL COLOMBIA, en la que se destaca como fecha de ingreso el 1° de abril de 1975 y de retiro el 7 de diciembre de 1980.

A folio 40 y 40 vto, se observa constancia de **no** acuerdo No. 242 de 2018, celebrada el 8 de marzo de 2018, en el que intervinieron el hoy demandante, señor Gregorio Trujillo y el señor Jesús Enrique Escobar Neuman quien se identificó como Representante Legal y Apoderado General de la sociedad Ingenieros Civiles Asociados S.A., cuyo tenor literal reza:

*“Con el fin de buscar un arreglo en materia de laboral y seguridad social, en especial de la inspectora RCC” Olga Espitia Castillo, (...) quien se encuentra legalmente habilitada para ejercer como conciliadora extrajudicial en materia laboral, especialmente de acuerdo lo establecido en el art. 28 de la Ley 640 de 2011, en concordancia con la sentencia de constitucionalidad C-893 de 2011»
(...)*

«Interroga a las a partes acerca de si encuentran en su entero y cabal juicio y si se encuentran allí por su propia voluntad, a lo cual los pates responden afirmativamente»

«En uso de la palabra al señor REPRESENTANTE LEGAL Y APODERADO JUDICIAL DICE, Don GREGORIO nos remitió a finales del año pasado dos solicitudes, para que le reconociéramos, los valores eventualmente dejados de cancelar por aportes de pensión como supuesto trabajador, para los proyectos de San Carlos y Chingaza, a esas solicitudes de don GREGORIO TRUJILLO, la empresa se pronunció en diciembre de 2017, comunicado mediante el cual me ratificó en su integridad, en el sentido que la empresa que represento, no estaba obligada a realizar aportes a pensión por que en los sitios donde se realizaron las obras no existía cobertura del seguro social, por lo anterior no hay animo conciliatorio.».

A folios 41 y 42 del informativo, obra comunicación del 4 de diciembre de 2017 con destino al hoy demandante por parte de la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A., en el que se le indicó:

“se presume que su vinculación laboral con el Consorcio integrado por las firmas Ingenieros Asociados S.A. y Grancolombiana de Ingeniería y Constructores S.A., Consorcio ICA-GRANDICOS, como trabajador para el Proyecto Hidroeléctrico San Carlos, que fue ejecutado por el citado Consorcio, el cual fue liquidado y por tanto no tiene existencia jurídica, ni representación legal.

Así mismo se presume su vinculación laboral con INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. – ICA S.A., para la ejecución del Proyecto Chingaza.

Los archivos laborales relacionados con el personal que estuvo vinculado a los Proyectos hidroeléctricos San Carlo y Chingaza no existen, toda vez que las obras correspondientes fueron ejecutadas hace más de treinta y cinco (35) años y de acuerdo con las normas legales vigentes, no estamos obligados a mantener esos archivos por un periodo tan extenso.

En relación a la vinculación laboral con la empresa Ingenieros Civiles Asociados S.A. – ICA S.A. Nit. 860.027.589-3, así como con el Consorcio ICA-GRANDICOS, le informamos que no hubo afiliaciones al sistema de seguridad social en pensiones, por la sencilla razón de que en las áreas donde se ejecutaron las obras, no existía cobertura o cubrimiento del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy en día COLPENSIONES, lo cual sólo se vino a presentar con la expedición de la Ley 100 de 1993.

Es claro entonces que tanto el Decreto 3041 de 1996 como el Decreto 3170 de 1964 mediante los cuales el ISS asumió los riesgos de Invalidez, Vejez y Muerte y Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales respectivamente, entraron en vigor solamente en aquellas regiones o zonas geográficas del país donde comenzó la asunción de riesgos por parte del ISS.”.

Documental toda ella de la que fácil es concluir que de ningún modo se acreditó dentro de esta actuación que entre el aquí demandante y la sociedad convocada a juicio existiera el vínculo laboral del cual surgen las obligaciones reclamadas, ello si se tiene en cuenta que tal y como se desprende del Certificado de Cámara y Comercio obrante a folios 54 a 57 del plenario, LA SOCIEDAD INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. – ICA MÉXICO S.A.S., es una persona jurídica de derecho privado que cuenta con un nombre distinto a las visibles en las certificaciones, liquidaciones y comunicaciones enlistadas en las constancias laborales exhibidas, como lo son: CONSORCIO DE MÉXICO Y GRANDICON LTDA. –

PROYECTO SAN CARLOS (fl. 18), INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. “ICA DE MÉXICO – SUCURSAL COLOMBIA (fl. 19) e INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS S.A. (Fls. 41 y 42), no sólo porque cada una de ellas se identifica con un NIT totalmente diferente, sino por la potísima pero elemental razón que la aquí demandada registra como fecha de su constitución el 2 de diciembre de 1991, siendo inscrita hasta el 30 de enero de 1992 bajo el No. 353.885¹, esto es, de forma muy posterior a los períodos que aducen como laborados en su favor (entre el 1° de abril de 1975 y el 7 de diciembre de 1980 y del 16 de marzo de 1981 al 12 de febrero de 1982), lo que de suyo significa que no fue la aquí demandada la sociedad que expidió estos documentos, sino que muy a pesar de la semejanza entre sus nombres, su autoría se atribuye a otras personas jurídicas no convocadas a estas diligencias, sin que se evidencie la ocurrencia de una sucesión patronal o que se hubiera producido un cambio de razón social.

Y es que si lo que se quería era demandar a alguno de los consorcios que expidieron las certificaciones, por supuesto que podía hacerse considerando que tanto las uniones temporales como los consorcios tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso a través de su representante legal -sin que deba constituirse un litisconsorcio necesario con cada uno de sus integrantes-, y en esa medida pueden responder por las obligaciones de sus trabajadores, así como cada uno de sus miembros solidariamente, no siendo posible proferir orden alguna en su contra dentro de este proceso, máxime cuando de la documentación allegada no se establece que la llamada a juicio hubiera pertenecido a cualquiera de los conglomerados que expidieron las certificaciones laborales.

Así las cosas, no es dable imponer a la sociedad demandada ninguna de las condenas solicitadas, por lo que se confirmará la decisión recurrida en cuanto declaró probada la excepción propuesta denominada falta de legitimación en la causa por pasiva la cual, como es sabido, se configura por la falta de conexión entre la parte demandada y la situación fáctica constitutiva del litigio; así, quienes están obligados a concurrir a un proceso en calidad de demandados son aquellas personas que participaron realmente en los hechos que dieron lugar a la demanda, lo que aquí no aconteció.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A CARGO DE COLPENSIONES

Como quiera que también se solicita en la demanda el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, se adentra la Sala a su estudio, sin perjuicio de que de que la prosperidad de esta pretensión se encuentre supeditada a la orden de elaboración del cálculo actuarial a cargo de la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MÉXICO S.A.S. – ICA DE MÉXICO S.A.S.

Pues bien, el régimen de transición pensional es un mecanismo creado por la Ley 100 de 1993 para proteger los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de los afiliados respecto al derecho a pensionarse

¹ Folio 54.

con las reglas o normas vigentes antes de su entrada en vigencia, es to en atención a que la norma de seguridad social hizo más gravosos los requisitos para acceder a la pensión, y es natural que una persona a la que le faltaba poco para pensionarse, resultó afectada, razón por la cual la ley creó el régimen de transición, con el que se permitía a los afiliados beneficiados con dicho régimen pensionarse con los requisitos de edad, tiempo y monto de pensión vigentes antes del 1 de abril de 1.994, que sin duda le eran más beneficiosos.

Tal régimen se encuentra consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, el cual establece los requisitos que los que lo afiliados deben cumplir para acceder a la prestación y el cual prescribe, que para el momento de su entrada en vigencia los afiliados debían tener 35 años o más, para el caso de las mujeres y 40 años o más, para el caso de hombres, o contar con 15 años o más de servicios cotizados.

En ese orden ideas, tenemos que el natalicio del actor data del 14 de junio de 1952, por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, contaba con 41 años de edad, lo que, *prima facie*, le haría beneficiario de dicho régimen, no obstante, con las modificaciones realizadas a la norma mediante el Acto Legislativo 01 de 2005, se estableció que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para los afiliados que a la entrada en vigencia del referido acto legislativo -25 de julio de 2005-, tuvieran al menos 750 semanas cotizadas, caso en el cual el régimen de transición se extendía hasta el 31 de diciembre de 2014.

Así, una vez verificado el reporte de semanas cotizadas expedido por COLPENSIONES obrante a folios 43- 53 del expediente, se puede establecer que el promotor del procesos solo logró acreditar al 25 de julio de 2005, un total de 513.51 semanas, número inferior a las exigidas por el acto legislativo, de allí que no conservó el régimen de transición, por lo que su prestación deberá ser estudiada con bajo los señalado por el art. 33 de la Ley 100 de 1993, en donde se exige que para acceder a la prestación se deberá contar con 1300 semanas de cotización, cantidad que tampoco fue alcanzada por el demandante ya que cuenta sólo con un total de 829 semanas², sin que puedan sumarse las pretendidas con este proceso por las razones *in extenso* arriba consignadas, debiéndose, por tanto, confirmar también la sentencia consultada en este punto.

COSTAS

Sin costas en esta instancia, 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,

² Reporte de semanas de cotización f. 46.

RESUELVE

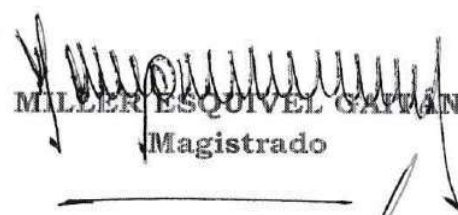
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de julio de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por GREGORIO TRUJILLO en contra de la sociedad INGENIEROS CIVILES ASOCIADOS MEXICO SAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

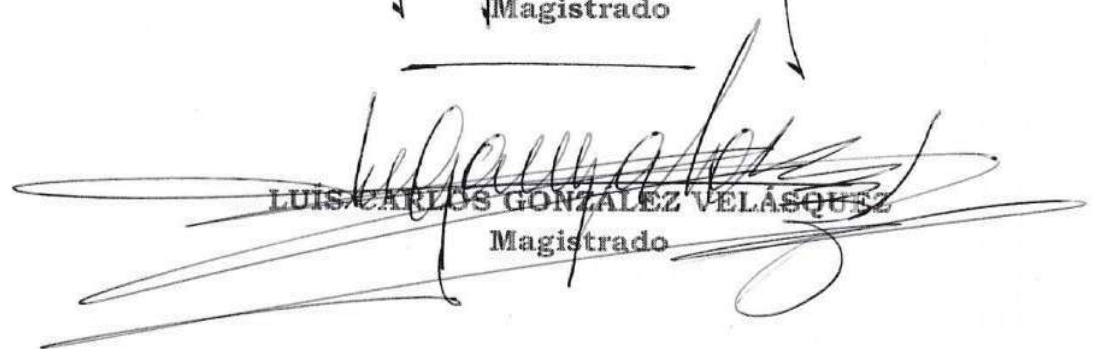
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105037201600423-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – pensión especial de vejez por hijo invalido.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **VÍCTOR MANUEL GARZÓN LOZANO** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, con la vinculación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, y la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**.

ANTECEDENTES

VÍCTOR MANUEL GARZON LOZANO, promovió demanda ordinaria laboral contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare que le asiste el derecho a la pensión especial de vejez, por ser padre trabajador, de Jenny Carolina Garzón Calderón, quien presenta una condición de invalidez; y, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de dicha prestación pensional, liquidada de conformidad con el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación y las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en pensiones, a través de la AFP PORVENIR S.A.; que, fruto de su relación con la señora Luz Marina Calderón, el 29 de junio de 1980, nació su hija JENNY

CAROLINA GARZÓN CALDERÓN, quien desde su infancia padece un retardo mental severo.

Indicó que, el estado de salud de su hija, fue certificado el 28 de febrero de 1994 por el área de Medicina Laboral Cundinamarca, del Ministerio de Trabajo, señalando que necesita tutela permanente; y, el 8 de octubre de 2015, por la ESE SAN CRISTOBAL, quien dejó constancia en la historia clínica, de los antecedentes de retardo mental, severo e irreversible; que, dada la condición de invalidez de su hija, se encuentra al cuidado de su progenitora Luz Marina Calderón, la que no puede desempeñarse laboralmente, por lo que, dependen económicamente de él.

Refirió que, para el año 2003, cuando nació para él, el derecho a la pensión de vejez por hijo invalido, había cotizado más de 1000 semanas, así 293.71, entre el 23 de junio de 2011 y el 29 de mayo de 2015 según certificación de la AFP PORVENIR S.A., más 796 adicionales, por haber laborado del 10 de enero de 1985 al 31 de julio de 1995 al servicio de CAPRECUNDI, y del 1 de agosto de 1995 al 17 de abril de 2000 con el ISS; que, para el 19 de octubre de 2015, según historia laboral consolidada expedida por la AFP PORVENIR S.A., aumentó 316 semanas de cotización.

Que, el 29 de enero de 2016, mediante apoderado, presentó ante la AFP PORVENIR S.A., la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo de invalido, la cual fue rechazada, mediante comunicación del 2 de febrero de 2016, por no contar con 1.300 semanas de cotización (fls. 2-9 y 29-35).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, dio contestación con escrito visible a folios 52 a 83, en donde se opuso a todas las pretensiones; negó la mayoría de los hechos, indicando que, el demandante, no cumple con la densidad de semanas cotizadas requeridas para acceder al derecho pensional reclamado, tampoco ha autorizado la emisión del bono pensional, ni demostró, que además de la dependencia económica, tenía la responsabilidad y cuidado de su hija, sin la ayuda de otro miembro del núcleo familiar. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación de reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de la AFP PORVENIR S.A., por ausencia de los requisitos establecidos en la Ley, falta de competencia y petición antes de tiempo, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación.

Por auto del 15 de febrero de 2017, el a-quo, ordenó la integración al proceso de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES (fl.131); y, el 15 de mayo de 2017, se dispuso la vinculación de la Nación – Ministerio de Defensa y el Departamento de Cundinamarca (fl. 157).

2017, se dispuso la vinculación de la Nación – Ministerio de Defensa y el Departamento de Cundinamarca (fl. 157).

La **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestó no constarle ninguno de los hechos de la misma y propuso las excepciones denominadas el Ministerio de Hacienda y Crédito Público no es una entidad de previsión social, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe y la genérica (fls. 136-140).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, dijo no ser ciertos o no constarle la mayoría de los hechos, salvo la afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A., que indicó que era cierto; se opuso a la prosperidad de las pretensiones y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (fls. 154-156).

El **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, se opuso a las pretensiones de la demanda y manifestó no constarle los hechos de la misma; formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada (fls. 180-182).

La **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**, también se opuso a las pretensiones de la demanda e indicó no constarle los hechos de ésta; propuso la excepción de falta de legitimación por pasiva (fls. 194-198).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2021, el Juzgado Treinta y siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; condenando en costas al demandante.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que se cumplía con los requisitos de semanas cotizadas y estado de invalidez de la hija del demandante; sin embargo, éste no logró probar la dependencia económica ni el cuidado permanente y físico de su hija, que es lo que se busca solventar con la pensión reclamada, teniendo en cuenta que el actor, no vive con su hija y según las declaraciones rendidas en el proceso, sólo contribuyó en el año 1990, con el arriendo de la vivienda donde ésta reside con su progenitora, pero, no se advierte, ningún tipo de colaboración adicional por parte del demandante, como una cuota alimentaria o tenerla como beneficiaria del Sistema de Seguridad Social; que, según lo probado, la señora Luz Marina Calderón, siempre ha tenido a su cargo el cuidado de Jenny Carolina Garzón Calderón, al punto que, ésta inició en contra del actor, un proceso de regulación de cuota alimentaria, cuando él trabajaba en el Hospital La Samaritana; que, la pensión especial no es un beneficio para el actor, sino

para su hija invalida, de ahí que mal puede emplearse para cubrir las dificultades económicas del afiliado.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, el demandante, cumple con los presupuestos exigidos por la norma para ser beneficiario de la pensión especial de vejez reclamada, salvo la dependencia económica y el cuidado de la hija por parte de su padre, que, por las circunstancias particulares del caso, éste no ha podido cumplir de manera constante y clara; sin embargo, circunstancias como dejarles un inmueble que produce renta, es una participación económica, y un acto de responsabilidad del padre al hijo y frente a su excompañera, en aras de proporcionales unos ingresos económicos de carácter mensual, es una forma de aportar directamente al hogar y para el mantenimiento de su hija, así no sea dinero que él aporte directa y periódicamente; que, el demandante, tuvo que alejarse de su casa, pero, habitualmente, por vía telefónica o en persona visita a su hija, nunca la ha desprotegido, ni se sabe de inconvenientes familiares.

Que, en cuanto al cuidado de la hija invalida, no debe tomarse explícitamente como la obligación de vivir con ella, sino propender por su cuidado, que es lo que se busca con la pensión reclamada, ya que facilitándole al padre esos recursos, es muy posible que él participe con mayor facilidad en la atención que su hija requiere.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, solicitó confirmar la sentencia absolutoria, en cuanto a esa entidad se refiere, pues, tal como quedó demostrado a la largo del proceso, esa Cartera que no ha transgredido ninguna de las disposiciones citadas por la demandante, en razón a que no existe, ni existió, vínculo jurídico alguno, legal, reglamentario, contractual o laboral con el actor, por lo que no existe relación jurídica sustancial, de la cual se desprenda responsabilidad alguna frente a lo pretendido. En igual sentido, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, solicitó confirmar la decisión de Primer Grado, por no cumplirse con los requisitos legales para acceder al beneficio pensional que reclama.

De otra parte, COLPENSIONES, el DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DE CUNDINAMARCA, solicitaron confirmar la sentencia apelada, por ajustarse a Derecho

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, conforme a lo establecido en los artículos 66 y 66A del CPTSS, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al negar el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo inválido reclamada por el actor, al no encontrar acreditadas ni la dependencia económica, ni cuidado personal de su hija inválida o si por el contrario el demandante, sí cumple con dichos requisitos y es beneficiario de la prestación pensional reclamada.

DE LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ POR HIJO INVÁLIDO

Insiste la parte actora en su recurso, en el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por tener una hija inválida, a la que si bien no le ha brindado la suficiente ayuda económica que requiere, ni vive con ella, al separarse de su progenitora, sí le dejó una casa para que vivirán allí y arrendaran otra parte, en aras de garantizar su manutención, acto con el que considera acreditadas su voluntad de cuidado y dependencia económica de la hija.

Al respecto el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, dispuso:

"PARÁGRAFO 4o. Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo ...

La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo..."

Posteriormente, mediante las sentencias C-227 de 2004 y C-989 de 2006, esta prerrogativa, se hizo extensiva a los padres que se hallaren en las mismas circunstancias.

Conforme a la norma en cita, para que proceda el reconocimiento y pago la pensión especial de vejez por hijo inválido se requiere que i) la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos, el

mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; *ii)* el hijo sufra una invalidez física o mental, debidamente calificada; *iii)* la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, según fuere el caso; adicionalmente que, *iv)* el hijo permanezca en esa doble condición: afectado por la invalidez y dependiente de la madre o el padre, y *v)* el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.

Así pues, la pensión especial de vejez por hijo inválido se causa cuando se alcanza las semanas exigidas en el sistema de seguridad social para pensionarse, junto con los demás requisitos; pero se disfruta cuando se hace exigible, que lo es al momento en que la persona afiliada, deja de trabajar y se dedica de manera exclusiva al cuidado de su hijo inválido; como se desprende del propósito de esta pensión, fijado en el proyecto de ley 098 de 2002 – Senado, *“dado que fue concebida en beneficio de la madre trabajadora responsable de la manutención de un hijo menor de edad minusválido, con el objeto de facilitar la rehabilitación, cuidados y atención que requiere el niño deficiente o discapacitado en orden a proporcionarle una digna calidad de vida al interior de su núcleo familiar”*.

Ahora, en relación con el requisito de la dependencia económica, dijo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de noviembre de 2016, radicación 47492, lo siguiente:

“...de acuerdo con el texto normativo y su espíritu teleológico al que se hizo alusión, para la Corte la interpretación de la norma en punto al requisito de dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que persigue la pensión especial de vejez, debe observarse en los términos que se consagra la obligación de la manutención de los hijos -menores o incapacitados- que, como se sabe, se encuentra a cargo de ambos padres.

*En efecto, el numeral 7 del artículo 42 de la Constitución Política, establece que «La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, **y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos**» (resaltado no es original). De ahí que por su consagración constitucional, el derecho de alimentos -entendido como: todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica, recreación, educación o instrucción y, en general, todo lo que es necesario para el desarrollo integral de los niños, las niñas y los adolescentes, así como la obligación de proporcionar a la madre los gastos de embarazo y parto-, constituya por excelencia un derecho fundamental de toda persona, por tanto, la ley y la jurisprudencia deben propender por ubicar esta figura en claros escenarios de prevalencia.*

Ahora, en los términos del artículo 413 del Código Civil, los alimentos pueden ser congruos o necesarios y comprenden la obligación de ambos padres, de proporcionarlos a sus hijos hasta el advenimiento de la mayoría de edad, es decir, hasta los dieciocho (18) años según lo establece la Ley 27 de 1977. Esta limitante de la mayoría de edad, claramente resulta intrascendente, en el caso de que los hijos sean inválidos como en el sub lite, pues en tal caso, la obligación permanecerá indemne hasta tanto persista esa condición.

Y es que la obligación alimentaria de los padres respecto de los hijos, se ubica en forma primigenia dentro de los deberes que se generan en el seno de una familia, y pese a que se trata de un tema preciso y específico del campo civil, varias disposiciones nacionales se ocupan del tema. Para no ir más lejos, en materia de seguridad social, en tratándose de las pensiones de sobrevivientes, cuando los beneficiarios son hijos menores de edad, esta Sala ha sostenido que se presume la dependencia económica respecto del causante, posición que también ha sido avalada por la Corte Constitucional.

(...)

Por eso, resulta claro que ese derecho también está ligado a otras garantías fundamentales como el mínimo vital, alimentos y seguridad social...”

Igualmente, en sentencia del 27 de noviembre de 2019, con radicación 5605, respecto a la dependencia económica, dijo la Corte Suprema de Justicia, que ésta debe ser:

“ (...)

- Cierta y no presunta:

«se tiene que demostrar efectivamente el suministro de recursos de la persona fallecida hacia el presunto beneficiario, y no se puede construir o desvirtuar a partir de suposiciones o imperativos legales abstractos como el de la obligación de socorro de los hijos hacia los padres».

- Regular y periódica

de manera que no pueden validarse dentro del concepto de dependencia los simples regalos, atenciones, o cualquier otro tipo de auxilio eventual del fallecido hacia el presunto beneficiario;

- Significativas, respecto al total de ingresos de beneficiarios

“se constituyan en un verdadero soporte o sustento económico de éste; por lo que, tales asignaciones deben ser proporcionalmente representativas, en función de otros ingresos que pueda percibir el sobreviviente, de tal manera que si, por ejemplo, recibe rentas muy superiores al aporte del causante, no es dable hablar de dependencia...”

En el presente caso, no fue objeto de discusión la afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A., (fls. 12-13, 15, 84-92); tampoco que, el demandante y la señora Luz Marina Calderón, procrearon una hija de nombre JENNY CAROLINA GARZÓN CALDERÓN, nacida el 29 de junio de 1980, diagnosticada con un retraso mental severo y una pérdida de agudeza visual del ojo izquierdo y calificada con una pérdida de capacidad laboral del 81.80%, por lo que requiere tutela permanente (fls. 10-11, 233, 340-400).

Ahora, en lo que interesa para desatar el recurso de apelación y verificar si se encuentra acreditado el cumplimiento por parte del demandante de los requisitos de dependencia económica y cuidado de su hija invalida, declaró en el proceso la señora CARMEN ELISA DOMÍNGUEZ BAQUERO, quien

ratificando la declaración extraproceso obrante a folio 24, dijo conocer al demandante, desde hace más de 20 años, y ser su compañera permanente desde hace 10 años, sabe que el señor GARZÓN LOZANO tiene una hija con problemas de aprendizaje, desde muy pequeña, que, es una niña que padece de retardo mental, nació prematura, la dejaron en el hospital y por problemas de exceso de oxígeno, quedó en esa condición; que, el demandante, cobró una casa y allí viven JENNY CAROLINA y la mamá Luz Marina Calderón; que, JENNY CAROLINA, es la mayor de 4 hermanos, y siempre ha estado al cuidado de la mamá y sus hermanos; que, el demandante, es comerciante, vende espejos, pero su situación económica no es buena, por lo que, vive muy estresado, es ciclista y luego de entrenar se dedica a la venta de esos productos, para ocupar el tiempo, pero que, es la testigo, quien realmente sostiene el hogar de los dos; refirió que, el demandante, cuidó de su hija, mientras convivió con Luz Marina Calderón hasta que se separaron en el año 1990 o antes; que, el actor, trabajó en el Hospital de la Samaritana, aproximadamente hasta el 2000; que, el señor Víctor Manuel, ha estado pendiente de su hija, reitera que él les dejó la casa, que arriendan y con el valor de esos cánones de arrendamiento se han sostenido la primera esposa, su hija Jenny Carolina, y los otros 3 hijos producto de esa relación; que, la señora Luz Marina Calderón, de vez en cuando trabaja lavando ropa y haciendo labores de aseo, porque tiene que cuidar su hija; que, los otros hijos del demandante y hermanos de Jenny Carolina, son Ángela, de 34 o 35 años, trabaja en seguridad, Manuel de 25 años, trabaja en Claro y Yulitza, es de 30 o 32 años, que trabaja en ventas, todos viven en la misma casa que les dejó el demandante, pero no pueden contribuir mucho, porque tienen sus obligaciones propias; que, el actor, telefónicamente se entera del estado de su hija, por sus otros hijos, pero no la visita con frecuencia, que desde que el señor Víctor convive con la testigo, ha visitado muy pocas veces a su hija, debido a un problema personal con la mamá de la joven, la señora Luz Marina Calderón, quien lo demandó por alimentos, cuando él trabajaba en el Hospital La Samaritana; que, Jenny Carolina, no trabaja, no estudia y desde que nació ha vivido en esa casa, encerrada, sin ningún tipo de actividad.

También declaró ESTHER ELENA PÉREZ PEÑA, quien dijo haber sido compañera de trabajo del demandante, en el Hospital La Samaritana, y haber convivido con él por espacio de 10 años, aproximadamente entre 1994 y 2005, relación de la que nacieron 2 hijos; sabe que él tiene una hija enferma, por la que ha respondido y vive pendiente de ella, pero JENNY CAROLINA, siempre ha estado al cuidado de la mamá, porque es totalmente discapacitada, no trabaja, ni estudia, vive con la mamá y los hermanos; desconoce la testigo, si el actor contribuye económicamente para los gastos y necesidades de su hija, tampoco sabe si dedica tiempo para el cuidado de JENNY CAROLINA; que, el demandante compró una casa, pero como no tenía la totalidad del dinero, la testigo pidió un crédito y la compraron entre los dos, luego él le devolvió su dinero, la casa está totalmente paga, pero no se ha levantado la hipoteca y por eso no está a nombre él; que, cuando el

actor, convivió con la testigo, visitaba a su hija cada 8 días o cuando lo llamaban.

El demandante, al absolver interrogatorio de parte, señaló que, su hija JENNY CAROLINA, nació prematura, la tuvieron mucho tiempo en la incubadora y como consecuencia de ello, se le secó una glándula cerebral, que le produjo un retardo, tiene 36 años, vive con la mamá Luz Marina Calderón y otros 3 hermanos; que, él dejó de convivir con la señora Calderón desde hace 18 años; que, semanalmente se comunica telefónicamente con sus hijos, y visita Jenny Carolina, por los menos cada 2 meses; que, la joven siempre ha estado al cuidado de su madre, quien no trabaja; que, él les dejó una casa que produce un arriendo por el primer piso de \$250.000 o \$300.000, él aporta y también los otros hermanos le colabora económicamente y con cuidado; que, las visitas son de máximo 2 horas, pero él no ayuda con el cuidado personal de su hija.

Así las cosas, advierte la Sala, que, no se logró demostrar la dependencia económica de la hija frente a su progenitor, de manera cierta, regular y periódica, y es que, si bien el actor, indicó en su interrogatorio de parte, que ayudaba a la joven Jenny Carolina, no especificó cuál era el valor de esa contribución ni cuándo la pagaba; coincidiendo con las testigos en señalar que el apoyo brindado por él consistió en dejarles una casa, a su primera compañera, la señora Luz Marina Calderón y a los hijos que tuvo con ella, entre los cuales se encuentra su hija inválida, y que, el canon de arrendamiento del primer piso de esa propiedad, es el sustento económico de la familia, circunstancia de la cual, no puede extraerse que el demandante, se encuentre proporcionándole a su hija inválida los recursos necesarios para su subsistencia, ni menos aún, que éste participe en el cuidado personal de su hija Jenny Carolina, a tal punto que requiera el reconocimiento de la pensión especial de vejez pretendida, para dejar su trabajo, sin perder su ingreso económico y dedicarse a la atención de su hija en condición de discapacidad.

Nótese como, del interrogatorio de parte del demandante y las declaraciones de las testigos, se evidencia que, el señor GARZÓN LOZANO, luego de separarse de la señora Luz Marina Calderón, en 1990, no le ha prestado ningún tipo de atención y cuidado a su hija Jenny Carolina Garzón Calderón, no se acreditó que comparta con ella un espacio y tiempo determinado, ni que atienda sus necesidades básicas, no sólo de tipo económico, sino también de orden familiar, emocional y personal, pues, claramente, por su grado de invalidez, ella requiere la atención de otra persona para subsistir, pues no puede valerse por sus propios medios; no es claro, que en el proceso de vida, de la joven Jenny Carolina, el demandante participe activamente, sino que, se ha limitado a preguntar por ella, cuando recibe llamadas telefónicas de sus otros hijos y a visitarla esporádicamente, por no más de 2 horas; quedando así desvirtuada no sólo la dependencia económica de la hija inválida respecto de su padre, pues, el supuesto canon de arrendamiento recibido por la casa que él les dejó, es el

ingreso de todos los que residen allí y no está destinado exclusivamente a la manutención de Jenny Carolina Garzón Calderón; además, mal puede suplir la separación de bienes conyugales, la ayuda económica, así como el cuidado y atención de un padre hacia un hijo en condiciones especiales; se reitera, la pensión especial de vejez por hijo inválido, busca que el padre o la madre trabajadora, pueda dejar de trabajar, para dedicarse a su hijo inválido, sin perder un ingreso que les garantice la congrua subsistencia, pero, en el presente caso, el demandante, no se encuentra expuesto a dicha situación, comoquiera que, el cuidado de su hija recae únicamente en su progenitora, la señora Luz Marina Calderón; así las cosas, resulta acertada la decisión del Juez Primera Instancia, al absolver a la demandada AFP PORVENIR S.A., de la prestación pensional reclamada, razón por la cual se confirmará la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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 12 de febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **VÍCTOR MANUEL GARZÓN LOZANO** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**, con la vinculación de la **NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, el **DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA**, y la **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

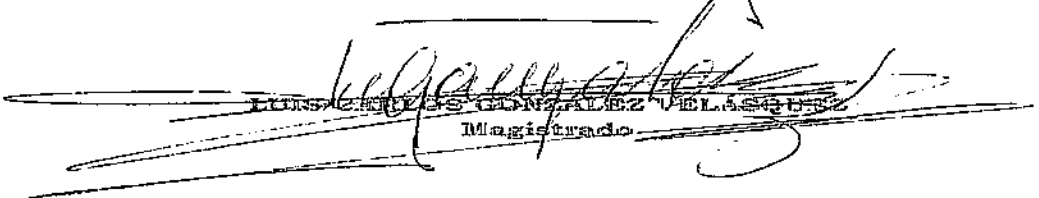
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a favor de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILEN ESQUIVEL CÁRDENAS
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ 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. 110013105035201800437-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **EDGARDO LUIS VIZCAINO PACHECO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUAREZ en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 19 a 21.

ANTECEDENTES

EDGARDO LUIS VIZCAINO PACHECO, pretende que se declare las nulidades de las afiliaciones efectuadas el 17 de febrero de 2000 y el 30 de

julio de 2001 con PORVENIR S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones; y como consecuencia, solicita que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES tenerlo en el RPMPD como si nunca se hubiera traslado, costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A el 17 de febrero de 2000; los asesores de PORVENIR S.A le prometieron condiciones y beneficios muy superiores en el RAIS que en el RPMPD; se trasladó a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A el día 30 de julio de 2018; la AFP le realizó una simulación pensional en donde menciona que para el 2021 a los 62 años su mesada pensional sería de \$1.543.700 y por el contrario en el RPMPD para el año 2022 sería de \$6.606.196 evidenciándose un diferencia ostensible, razón por la cual ha elevado solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES siéndole negado. (fls 2-8 vto).

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 a PORVENIR S.A, la edad, la simulación expedida por PORVENIR S.A y la solicitud elevada ante COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 66-72 vto)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: propuso las excepciones que denominó como prescripción, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (101-106 vto)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A: planteó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de

administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de septiembre de 2021, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del acto de traslado del RPMPD al RAIS realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLMENA, el día 7 de junio de 1994 y, consecuentemente, que las cosas se deben retrotraer al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que comporten, condenó a la PORVENIR S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, que llegaron a esos fondos en los períodos en que estuvo afiliado, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ordenó COLPENSIONES que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad, y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas desde la fecha de afiliación inicial, absolvió de lo demás, declaró no probadas las excepciones presentadas por la parte demandada.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PORVENIR S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

COLPENSIONES: teniendo en cuenta que no se puede volver al estado natural de las cosas cuando quedó en evidencia que el demandante consolidó su necesidad de permanecer en el RAIS realizando el traslado horizontal entre las administradoras PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A, asimismo el derecho a la seguridad social es un derecho autónomo, y el art 271 de la ley 100/1993 menciona cuáles serían las consecuencias de declarar la nulidad del traslado, sin que el actor estuviera afiliado al RPMPD con anterioridad puesto que así lo demuestran las consultas de afiliados en el sistema de información de fondos de pensiones SIAF, donde se evidenció que el mismo no realizó cotizaciones al RPMPD, no pudiendo por tanto retrotraer esta situación y disponer un retorno, sobre todo cuando no hay fundamento fáctico y jurídico, ya que ello contribuye a la

descapitalización del sistema pensional y pone en peligro el derecho fundamental de los demás afiliados, a lo que se suma que debe tenerse en cuenta la calidad profesional del demandante y que le realizaron una asesoría donde le informaron las ventajas de permanecer en el RAIS, lo cual aceptó en el interrogatorio de parte cuando explicó que le mostraron unas tablas comparativas donde claramente su elección fue permanecer en el RAIS.

PORVENIR S.A: considerando que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de retornar y, de acuerdo a su calidad profesional como abogado, tiene una formación académica que le permitía entender y tener claridad de los aspectos objeto de asesoría, e incluso confesó que si se le brindó información sobre las características, ventajas y desventajas que conllevaba trasladarse de régimen pensional, asimismo contó con amplios términos para solicitar su traslado de régimen y retornar a COLPENSIONES, faltando a su deber de autoinformación en calidad de ciudadano y de profesional en derecho; en cuanto al material probatorio no se evidencio vicio alguno de su consentimiento al momento de suscribir su formulario de afiliación a PORVENIR S.A lo que realizó de manera horizontal en tres AFP donde permaneció por un largo tiempo en el RAIS, y frente a los gastos de administración en el RPMPD se destina un 3% de la cotización para financiar gastos de administración, pensión de sobrevivencia e invalidez.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Dentro del término legal concedido, PORVENIR solicitó la revocatoria de la sentencia porque no se probaron los eventos previstos en los artículos 1741 del CC, 1508 del C.Cio y 271 de la ley 100 de 1993, habiéndose verificado la voluntad de la afiliada, quien por negligencia no se informó, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración al no corresponder a valores que pertenecen a los afiliados. Por su parte, COLPENSIONES también solicitó la revocatoria porque la afiliada se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD debido a su edad, además que no acreditó vicios en el consentimiento, ni tampoco soportó la carga de la prueba que le asistía, recalcando que tal decisión afecta la sostenibilidad financiera. De otro lado, la parte actora encuentra que el fallo se ajusta a derecho en cuanto a que los fondos no aportaron las pruebas que demuestren el cumplimiento del deber de información al momento en que se suscribió el formulario.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consultaalzada 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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando que debió tenerse por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si se saneó la nulidad por la permanencia del demandante y los traslados entre fondos, **v)** si su calidad profesional sana la nulidad del traslado **vi)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta el principio de sostenibilidad financiera de dicha entidad, **vii)** Si PORVENIR S.A están o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como los rendimientos y gastos de administración. En virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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 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).

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.

Por tanto, 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 PDF 33 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a COLMENA hoy FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 15 de julio de 1996 con fecha de efectividad el 1° de julio del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos 108 vto, y que deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario que era una vinculación inicial cuando realmente se trató de un traslado de régimen ya que él estaba afiliado con anterioridad al ISS aun cuando no hubiese realizado

Omisión en la veracidad de la información que así vista permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del demandante, entre ellas, brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante, quien indicó ser abogado con maestría en derecho privado civil, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar manifestó que no recuerda haberse afiliado a PROTECCIÓN S.A en el año 1994, fecha para la que era abogado litigante en materia civil, en el 2000 llegó mucha publicidad y a su oficina una asesora de PORVENIR S.A que le informó de los beneficios del traslado al fondo privado, le llevó el formulario para llenarlo mostrándole unas tablas comparativas con el ISS y le decía que era favorable trasladarse porque el ISS iba a desaparecer, se afilió al ISS en 1996, firmó el formulario del Fondo pero no lo leyó ya que se basó en la asesoría verbal en la que solo le informaron los beneficios pero no los riesgos, como por ejemplo que su mesada pensional sería más alta que en el ISS, lo que lo motiva a iniciar el proceso es porque se siente engañado por los fondos privados.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 EDGARDO LUIS VIZCAINO PACHECO 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde 1994 no genera la consecuencia de validar la afiliación.

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 PROTECCIÓN S.A el 7 de junio de 1994 con efectividad a partir del 1 de julio de ese 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 1994, ni su condición de profesional -abogada- genere 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.

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 adocinado 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.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 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.”

Finalmente, 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.

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.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia. 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 14 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **EDGARDO LUIS VIZCAINO PACHECO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** la conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

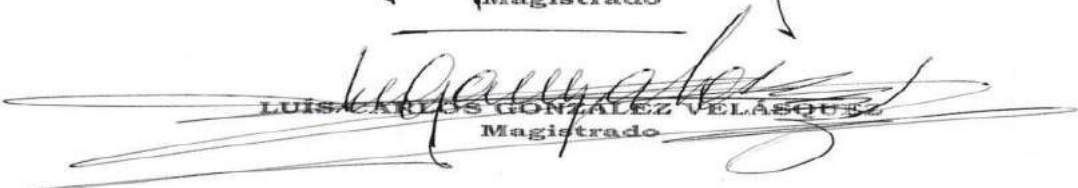
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201700466-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de Trabajo - Factores que constituyen salario (Art 127-128 CST), reliquidación prestaciones sociales.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada, en contra de la sentencia proferida el 31 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ALFREDO MORALES GUEVARA** en contra de **CENTRAL PARKING SYSTEM DE COLOMBIA S.A.S.**

ANTECEDENTES

LUIS ALFREDO MORALES GUEVARA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de CENTRAL PARKING SYSTEM DE COLOMBIA S.A., para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, así como la ineficacia de pleno derecho del auxilio no salarial, recibido mes a mes; y, en consecuencia, que se condene a la demandada a reliquidar el auxilio de cesantías e intereses, primas de servicio y vacaciones, del 01 de febrero de 2014 al 20 de febrero de 2017, teniendo en cuenta el verdadero salario devengado; que, se ordene el pago de la indemnización por la terminación unilateral, ilegal e injusta de la relación laboral y de la indemnización moratoria; que, se conceda lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 27 de agosto de 2012, celebró contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad demandada, para desempeñar el cargo de jefe de operaciones, recibiendo como salario, la suma de \$1.600.000, más unos auxilios no salariales, denominados “*TERMINAL DE CARGA*” por \$90.000; “*CATAM*” por

\$60.000 y “*NUEVO DORADO 2010*” por \$150.000, los cuales le fueron cancelados mensualmente, desde el 1 de abril de 2014 y hasta la terminación de su contrato de trabajo; que, el último salario devengado fue la suma de \$2.461.000, pero la demandada, no incluyó dichos auxilios en la liquidación final de prestaciones sociales.

Indicó que, en compañía del señor Germán Sosa, elaboraron el Plan de Seguridad del Aeropuerto El Dorado, destacando en dicho estudio las debilidades en la operación del parqueadero y se daban recomendaciones para evitar robos o atracos; que, el 7 de abril de 2016, el estudio fue enviado al correo electrónico del señor Daniel Espitia, Director Regional de la demandada; que, el 26 de diciembre de 2016, se produjo un hurto en las instalaciones del parqueadero El Dorado, sin que él se encontrara en el lugar de los hechos. Sin embargo, ese mismo día y el 17 de enero de 2017, fue citado a descargos, sin notificarle de manera formal la apertura de un proceso disciplinario.

Refirió que, la demandada, no le indicó los hechos o conductas que motivaron su investigación, tampoco las faltas u obligaciones incumplidas, no se le dio traslado de las pruebas en que se fundamentaban los cargos, y finalmente, el 20 de febrero de 2017, la demandada, tomó la decisión de terminar el contrato de trabajo (fls.5-10 y 52-55).

REFORMA A LA DEMANDA

La parte actora, presentó escrito de reforma a la demanda modificando las pretensiones, para que se declare ineficaz de pleno derecho el denominado auxilio no salarial movilización, que recibió desde agosto de 2015, hasta la finalización de su contrato; que, se reliquiden salarios, prestaciones sociales y vacaciones, tomando para ello la sumatoria de los auxilios no salariales, denominados movilización, percibidos hasta la terminación del contrato de trabajo, los cuales no fueron tenidos en cuenta en la liquidación definitiva de prestaciones sociales; que, se ordene el pago de la indemnización por terminación unilateral, ilegal e injusta de la relación de trabajo, la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

En cuanto a los hechos, manifestó que, recibió de manera habitual desde el mes de agosto de 2015 y hasta la terminación de su contrato, unos auxilios no salariales, denominados movilización, que, en el mes de diciembre de 2016, cambiaron su nombre por auxilio no salarial terminal de carga, auxilio no salarial CATAM y auxilio no salarial Nuevo Dorado (fls. 414-420 y 423-424).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda y su reforma, CENTRAL PARKING SYSTEM DE COLOMBIA S.A.S, dio contestación oportuna, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con el contrato de trabajo celebrado con el actor a término indefinido, los extremos de la relación laboral y el cargo desempeñado por éste; aclarando que, en la empresa, no existe ningún auxilio denominado terminal de carga, CATAM o Nuevo Dorado 2010; que, el demandante, además del salario básico, en algunos periodos recibió auxilios no salariales por movilización, que no le cancelaba como contraprestación del servicio, sino para facilitar su movilización; y que, en todo caso, las partes pactaron en el parágrafo primero de la cláusula séptima del contrato de trabajo, que, toda prestación, subsidio, beneficio o auxilio recibido por el trabajador, en dinero o especie, de forma permanente u ocasional no constituirá salario, ni se tendría en cuenta para cualquier acreencia de carácter laboral; que, el despido del demandante, se produjo por justa causa, ante el incumplimiento de procedimientos que pusieron en riesgo la seguridad de esa Compañía; y que, a la terminación del contrato de trabajo, al actor, se le reconoció y pago de forma completa y oportuna los salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales.

Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin justa causa, pago, compensación, buena fe y la genérica (fls. 68-115, 426-428 y 430-478).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de enero de 2020, el Juzgado Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el contrato de trabajo que existió entre el demandante y CENTRAL PARKING SYSTEM DE COLOMBIA S.A.S., finalizó de manera unilateral y con justa causa por parte de la empleadora; declaró ineficaz la cláusula de exclusión salarial, condenando a la demandada, al pago de las diferencias salariales por auxilio de cesantías e intereses, prima de servicios y vacaciones, junto con la indemnización moratoria; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a la demandada de las demás excepciones propuestas y le impuso la condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada **CENTRAL PARKING SYSTEM DE COLOMBIA S.A.S**, interpuso recurso de apelación, insistiendo en que se pactó de común acuerdo con el trabajador, que los auxilios reconocidos no eran constitutivos de salario, además que fueron reconocidos para la movilización del actor; que, de los desprendibles de nómina, claramente se puede determinar el pago de los auxilios no salariales, a favor del demandante, y aunque en ningún momento, allí se les

dio la denominación de Terminal Carga, CATAM y Nuevo Dorado, lo cierto es que, así eran conocidos por los trabajadores, pues, su pago sólo se realizaba a quienes trabajan en el punto Aeropuerto, no como remuneración del servicio, sino para garantizar que el actor, como jefe de operaciones pudiera desplazarse a este sitio, en cualquier momento, ya que, es sabido que el transporte hacia ese lugar, no es económico, ni de fácil acceso y teniendo el parqueadero servicio 24 horas, en caso de requerirlo el actor, no podría tomar transporte convencional a cualquier hora; que, dichos auxilios tenían una destinación específica y sólo se comenzaron a pagar en el año 2015, cuando el demandante, trabajó exclusivamente en el Aeropuerto, sin que exista mala fe de esa Compañía, pues, este pago, se le reconoció al trabajador, por la especial labor que cumplía, y si encontraba destinado para cubrir su transporte y movilización, independientemente de que se haya o no pactado expresamente así; que, la Juez de Primer Grado, hizo una mala interpretación del artículo 65 del CST, pues, presumió la mala fe del empleador, pese a que, a la terminación del contrato de trabajo, cumplió con sus obligaciones y realizó el pago de las acreencias laborales del trabajador, de acuerdo con el salario devengado, conforme a lo pactado en el contrato de trabajo, esto es, que los auxilios pagados eran no salariales, de ahí que, mal podía entonces, haberlos incluido en la liquidación definitiva de prestaciones sociales, no se tenía la legítima confianza respecto a que no eran factor salarial.

Además, indicó que, la indemnización moratoria, sólo procede en aquellos casos en los que el empleador no le canceló al trabajador los salarios y prestaciones sociales, a la terminación del contrato de trabajo, más no cuando se ordena la reliquidación o pago de diferencias salariales; que, en caso de confirmarse la sanción por mora, la misma no debe liquidarse sobre la totalidad del salario promedio que determinó la a-quo, de vengaba el actor, sino únicamente sobre el valor de los auxilios reconocidos como factor salarial, esto es \$300.000 mensuales, que equivaldría a \$10.000 diarios, pero nunca por la totalidad del salario, incluidos los auxilios, porque sería tanto como considerar que esa Compañía, no le canceló la totalidad de salarios y prestaciones sociales a la finalización de la relación laboral, lo cual sí se cumplió.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la parte demandada, ratifico su petición para que se revoque parcialmente la sentencia apelada, en lo que refiere a la declaración de ineficacia de la cláusula séptima del contrato de trabajo que establece la exclusión salarial y en consecuencia la reliquidación de las prestaciones sociales del demandante, así como la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST; ante la indebida apreciación de las pruebas practicadas en el proceso, que llevó a la Juez de Primera Instancia, a creer que el auxilio pagado al trabajador a partir del mes de agosto de 2015, retribuía el servicio cuando en realidad correspondía a un pago para

el desplazamiento y correcto devenir de la operación del trabajador, por encontrarse en el parqueadero del Aeropuerto El Dorado y tener que movilizarse en diferentes horarios y desplazarse a otras dependencias, como las oficinas administrativas, distantes de ese lugar, utilizando en algunas oportunidades su propio vehículo particular; además, que, otro de los errores de la a-quo, fue presumir la mala fe de esa Compañía, ordenando el pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, que sólo procede en el caso de no pago de las acreencias laborales a la terminación del vínculo laboral, lo que no ocurrió en el presente caso, donde al demandante, se le cancelaron a la finalización del vínculo, todos los derechos laborales; adicionalmente, durante la vigencia del contrato no hizo manifestación o reclamo alguno por el pago de dicho auxilio y lo utilizó de manera idónea como respaldo para los gastos de transporte en que tenía que incurrir.

Por su parte, el demandante, solicitó confirmar la decisión de Primera Instancia, por encontrarse ajustada a Derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en los artículos 66 y 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar (i) si los denominados auxilios pagados al trabajador a partir del mes de agosto de 2015, son o no constitutivos de salario, y, en caso afirmativo, (ii) si resulta procedente o no la indemnización moratoria impuesta a la demandada, por el pago incompleto de salarios y prestaciones sociales, a la terminación del contrato de trabajo.

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió a las partes, mediante contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 27 de agosto de 2012 y el 20 de febrero de 2017, en virtud del cual, el actor, se desempeñó como jefe de operaciones, devengando como último salario básico la suma de \$2.461.000 (fls. 12-16, 24-25, 33, 116-122, 130-133).

DEL AUXILIO NO SALARIAL DE MOVILIZACIÓN

Alega la demandada CENTRAL PARKING COLOMBIA S.A.S., en su recurso, que, a mediados del año 2015, comenzó a pagarle al demandante un auxilio

de movilización no constitutivo de salario, pues, dicha suma no estaba destinada a retribuir los servicios del trabajador, sino que era para garantizar su desplazamiento y correcto devenir de la operación del trabajador, ya que, su puesto de trabajo se encontraba ubicado en el parqueadero del Aeropuerto El Dorado, donde el transporte es costoso y de difícil acceso, además que tenía que movilizarse en diferentes horarios, debido a que, el servicio en ese punto es 24 horas y desplazarse a otras dependencias, como las oficinas administrativas, distantes de ese lugar. Asimismo, refiere que, en todo caso, al suscribir el contrato de trabajo, el demandante, tenía conocimiento y aceptó el pago de unos conceptos no constitutivos de salario, por lo que, no procede el reajuste de las prestaciones sociales y vacaciones, ordenado por la Juez de Primera Instancia.

En tal sentido, establece el artículo 127 del CST: *“ELEMENTOS INTEGRANTES. Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones...”*, de donde se desprende que todo pago hecho al trabajador, no importa el concepto o definición que se le dé, hace parte del salario, pago que, por supuesto, debe corresponder a la retribución que el empleador hace al trabajador por la prestación de sus servicios.

Por su parte, el artículo 128 de ese mismo Código reza: *“PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. No constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes. Tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos VIII y IX, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad...”*; pudiéndose colegir, por tanto, que aquellos pagos que no corresponden a una contraprestación por la labor del trabajador, no pueden considerarse salario, como bien es el caso de las indemnizaciones, en los términos del artículo 130 del CST, o pagos por mera liberalidad del empleador, entre otros.

En sentencia con radicación 35579 del 28 de julio de 2009 la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiteró su posición sobre los pagos que constituyen salario, cuya esencia no puede desnaturalizarse por acuerdo de las partes; al respecto indicó:

“Cabe destacar, que lo anotado, debe entenderse lógicamente bajo la premisa de que se trata de un beneficio, prima extralegal, sobre el que se pueden celebrar acuerdos de desalarización de conformidad con el artículo 15 de la ley 50 de 1990, porque situación diferente sería si estuviéramos hablando de pagos o compensaciones directas del servicio prestado, sobre los que no resulta viable celebrar este tipo de pactos, como por ejemplo las comisiones que por ley son salario, independiente de que se cancelen mensualmente o en periodos más largos”. (Subraya fuera de texto).

De las anteriores disposiciones, bien puede afirmarse que las partes tienen la posibilidad de pactar qué sumas extralegales no constituyen factor salarial, estipulación que sólo resulta ineficaz en la medida en que contravenga los derechos mínimos del trabajador o desmejore sus condiciones laborales.

En ese orden de ideas, pese a que la ley no prohíbe que los sujetos de la relación laboral pacten la desalarización de determinados beneficios directos del contrato de trabajo, le corresponde en últimas al Juez Laboral, verificar la legalidad de dicho acuerdo de voluntades, puesto que, en virtud de lo pactado, no es posible desfigurar la naturaleza salarial de las erogaciones remuneratorias del trabajo, dado que el artículo 43 del CST, prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley.

Así, cuando se trate de un pago al que la ley no le otorgue directamente la índole de salario, habrá que determinarse si esa naturaleza se presenta por reunirse los elementos con los que el legislador pretendió definir el concepto de salario. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juzgador laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente.

En el presente caso, de acuerdo con el parágrafo primero de la cláusula séptima del contrato de trabajo, el demandante y CENTRAL PARKING COLOMBIA S.A., pactaron:

“PARÁGRAFO PRIMERO: De conformidad con el artículo 128 del Código sustantivo del Trabajo modificado por el artículo 15 de la ley 50 de 1990, las Partes acuerdan que toda prestación, subsidio, beneficios o auxilios, que llegue a recibir EL TRABAJADOR, en dinero o en especie, permanente u ocasional, no constituye salario y, en consecuencia, no serán tenidas en cuenta para efectos de calcular el valor de las vacaciones, indemnizaciones, prestaciones sociales y, en general, para el pago de cualquier otra acreencia de carácter laboral o en materia de seguridad social y parafiscales” (fls. 14 y 120).

Igualmente, y como se advierte de los comprobantes de nómina obrantes de folios 214 a 257, al demandante, a partir del 01 de junio de 2015, se le comenzó a cancelar el denominado “*AUXILIO NO SALARIAL MOVILIZACION*” y para la segunda quincena de diciembre de 2016, recibió los denominados “*AUX NO SALARIAL TERMINAL DE CARGA*”, “*AUX NO SALARIAL CATAM*” y “*AUX NO SALARIAL NUEVO DORADO 2010*” (fl. 48).

Al absolver interrogatorio de parte la representante legal de la demandada CENTRAL PARKING COLOMBIA S.A.S, en lo que respecta al pago del auxilio no salarial de movilización, indicó que, en el Aeropuerto el Dorado, la empresa, tiene los parqueaderos Norte, Sur y Centro, pero también están a su cargo el de CATAM y el de carga, y se encuentran a una distancia en la cual no es posible ir fácilmente caminando, además, en CATAM, por seguridad nadie puede ingresar caminando, entonces debe entrar en un vehículo particular, razón por la cual para poder hacer la revisión y cumplir con sus laborales, el demandante, debía desplazarse en su carro particular, por lo que, se le hubiese impuesto al trabajador una carga, de no pagarle el auxilio para que pudiera hacer la revisión en ese parqueadero en su carro particular, entonces, se le daba ese auxilio, para que dentro del aeropuerto se pudiera movilizar; que, además, para los días en que el trabajador, no se podía movilizar en su carro particular, como el sistema de taxis al aeropuerto tiene una tarifa adicional predeterminada, eso hacia más oneroso que éste cumpliera con sus funciones, sobre todo en algunos horarios en los cuales, no podía hacer uso del transporte público de bus y el actor, necesariamente debía llegar en taxi, por seguridad, se le daba el auxilio para que pudiera ejercer sus funciones de manera correcta; que, adicionalmente, para la época en que el demandante, estaba vinculado a la demandada, debía ir 2 veces por semana a la oficina, ubicada en la carrera 19 con 61, a llevar los informes, lo que implicaba para él el pago, de acuerdo a la tarifa fijada, de \$20.000 por trayecto, de ahí que se le cancelaba ese auxilio de transporte; que, ese auxilio sólo se le reconoció al trabajador, cuando asumió la supervisión del parqueadero de CATAM, que, no era un auxilio reconocido por trabajar con la empresa, sino por trabajar en el parqueadero del Aeropuerto El Dorado y en CATAM; que, la empresa no tiene vehículos y el Aeropuerto, tampoco les presta carros de la Concesión de OPAIN, para movilizarse, por eso debían usar los vehículos particulares; que, ese auxilio solamente se le cancelaba a los jefes operativos, porque debían visitar todos los parqueaderos del Aeropuerto, mientras que un supervisor no tiene que desplazarse de parqueadero en parqueadero, porque sólo tiene uno asignado.

Por su parte, al demandante, no se le interrogó nada al respecto, salvo que, el día en que se presentó un robo en el parqueadero del Aeropuerto El Dorado, él no estaba presente, y cuando lo llamaron se desplazó al lugar, en su carro particular, pese a tener pico y placa, y que, no utilizó transporte público, por seguridad, debido a la hora en que se produjeron los hechos.

También declararon en el proceso, el señor GERMAN SOSA DELGADO, quien manifestó trabajar para la demandada, como jefe operativo, dijo que en la operación del Aeropuerto El Dorado, como los parqueaderos quedan contiguos, el supervisor se movilizaba caminando; que, no era necesario pagar un transporte adicional para movilizarse y que el parqueadero más distante era el de carga, ubicado como a una cuadra y media; que, los supervisores, también debía pasar revista por todos los puntos del Aeropuerto y lo hacían caminando; que, el demandante, iba a la Oficina a entregar informes, pero lo hacía muy esporádicamente, martes y viernes, luego la empresa cambió la mecánica y comenzó a enviar un mensajero a recoger los documentos y ya no tenían que ir a la Oficina.

JUAN DANIEL ESPITIA ARÉVALO, dijo ocupar el cargo de director de operaciones en la demandada; señaló que, llegar al Aeropuerto El Dorado, en términos generales no es fácil; que, la demandada, en ese punto, tiene 3 áreas, por centros de costos diferentes, denominadas Nuevo Dorado, que está compuesta por los parqueaderos Norte, Centro y sur, otro parqueadero de carga y el otro, que se llama nueva zona de aviación, al interior del Aeropuerto, en CATAM, donde llegar es más complicado, porque tiene un paso restringido, además, cuando se generaban reuniones operativas, el jefe de operaciones debía desplazarse hasta la oficina o donde se fuera a realizar la reunión; que, para la época en que el demandante, se desempeñó como jefe operativo, debía presentarse en la oficina, 2 veces por semana, martes y viernes, para presentar informes.

MARTHA LUCIA RODRÍGUEZ VARGAS, jefe de auditoria de la demandada, declaró que, CATAM o como ellos la conocen *“nueva zona de aviación”*, queda adentro del Aeropuerto, no es de acceso público, solamente entran funcionarios que tengan acceso, queda ubicada detrás de la zona de control del Aeropuerto El Dorado, y únicamente se puede entrar en vehículo; que, zona de carga, queda por la Calle 26, como quien se dirige a Fontibón, pero después de la glorieta llegando al Aeropuerto, y no es cerca; y los parqueaderos Centro, Norte y Sur, sí están ubicados cerca y se puede ir caminado, al igual que a la terminal de carga, pero que, a CATAM, si se debe ir en vehículo, de hecho, refiere que cuando ella debía ingresar, el demandante, la llevaba en su carro particular; que, después la empresa trajo un vehículo de Cali, para movilizar al personal en el Aeropuerto, pero no recuerda si fue para la época en que el actor estaba vinculado a la empresa.

Teniendo en cuenta lo anterior, claro es para la Sala, que, si bien es cierto, el demandante, prestaba su servicios en un sitio retirado de la ciudad y con una tarifa especial para el transporte en taxi, como lo es el Aeropuerto El Dorado, de las declaraciones rendidas por los testigos GERMAN SOSA DELGADO y MARTHA LUCIA RODRÍGUEZ VARGAS, se pudo establecer que, para ingresar al parqueadero de la zona de CATAM, del demandante, debía emplear un vehículo, no solo por la distancia, sino también por ser una exigencia de seguridad, pero a los restantes parqueaderos, esto es, los denominados Norte, Sur y Centro y zona de carga, el señor MORALES

GUEVARA, podía desplazarse caminando, sin necesidad de usar su propio vehículo o tomar un taxi y, aunque debía presentar informes directamente en la oficina de la demandada, el testigo GERMAN SOSA DELGADO, indicó que esto era esporádico, y que, incluso con posterioridad se designó a un mensajero, que iba a hasta el Aeropuerto, para recoger los documentos; por lo tanto, el llamado *AUXILIO NO SALARIAL MOVILIZACION*, era una retribución directa al servicio prestado por el demandante, como jefe de operaciones de los parqueaderos ubicados en la zona del Aeropuerto El Dorado, sin que la empresa demandada, haya demostrado dentro del proceso, que el trabajador, destinada dicha suma de dinero, única y exclusivamente para su transporte y movilización, lo que derrumba la supuesta destinación específica del auxilio no salarial, ya que, el actor, podía disponer de él, de igual forma que como lo hacía con su salario; sin que la demandada, aportara recibos o comprobantes de pago, que realmente corroboren el valor adicional que presuntamente el demandante, debía sufragar en sus traslados al Aeropuerto El Dorado y dentro del mismo, ni menos aún se demostró que siempre que visitaba las Oficinas de la Empresa, para presentar informes, éste se transportara en su vehículo particular o pagara un sobrecargo en el transporte por desplazarse del Aeropuerto o su lugar de residencia a la instalaciones de la demandada; y es que, como indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de noviembre de 2018 con radicación 68303, *“no basta tomar un porcentaje de la totalidad de los ingresos y asignarle el nombre de beneficio, auxilio, ayuda, aporte, etc. para diluir su incidencia salarial. Su destinación debe ser real.”*; y dicha destinación en el presente caso, no se demostró, resultando acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al darle el carácter de factor salarial a este pago.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA - ARTÍCULO 65 CST

También fue objeto de inconformidad de la parte demandada, que se haya condenado al pago de la indemnización moratoria, pues, la Juez de Primer Grado, hizo una mala interpretación del artículo 65 del CST, presumiendo la mala fe del empleador, pese a que, a la terminación del contrato de trabajo, cumplió con sus obligaciones y realizó el pago de las acreencias laborales del demandante, de acuerdo con el salario devengado, conforme a lo pactado en el contrato de trabajo, esto es, que los auxilios pagados eran no salario.

En lo que interesa a la indemnización moratoria, el artículo 65 del CST, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, establece esta sanción, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador, no paga los salarios y prestaciones debidas, caso en cual deberá pagar al trabajador, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el periodo es menor. Si transcurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato, el trabajador, no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no hay un

pronunciamiento judicial al respecto, se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas; salvo, para los trabajadores que devenguen sólo un salario mínimo legal mensual vigente, quienes recibirán como indemnización moratoria un día de salario por cada día de retardo, hasta cuando se acredite el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudadas por el empleador. Dicha sanción, no puede imponerse de manera automática, ya que, debe determinarse en cada caso en particular, la conducta de la demandada, en aras de establecer si actuó de buena o mala fe, para exonerarse de su pago.

Así pues, en el caso bajo estudio, se evidencia que la parte demandada, actuó desprovista de mala fe, pues, a la terminación del contrato de trabajo, cumplió con la obligación de pagar al actor, los salarios y prestaciones que creyó deber, es decir, que tenía la plena convicción que no adeudaba suma alguna por las acreencias laborales aquí reclamadas; y si bien omitió liquidar las prestaciones sociales, incluyendo como factor salarial el auxilio de movilización, tal conducta, no puede considerarse revestida de mala fe, ya que, no obedeció a un capricho o rebeldía, sino a su firme convencimiento, respecto a que dicho concepto no constituían salario; razón por la que, se revocará el literal E) del ordinal tercero de la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la demandada, del pago de la indemnización moratoria impuesta en Primera Instancia.

Sin costas en esta Instancia, por resultar parcialmente favorable la alzada a la recurrente. Se confirman las de Primera Instancia.

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: REVOCAR el litera e) del ordinal tercero de la sentencia apelada, proferida el 31 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUIS ALFREDO MORALES GUEVARA** en contra de **CENTRAL PARKING COLOMBIA S.A.S.**, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada del pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

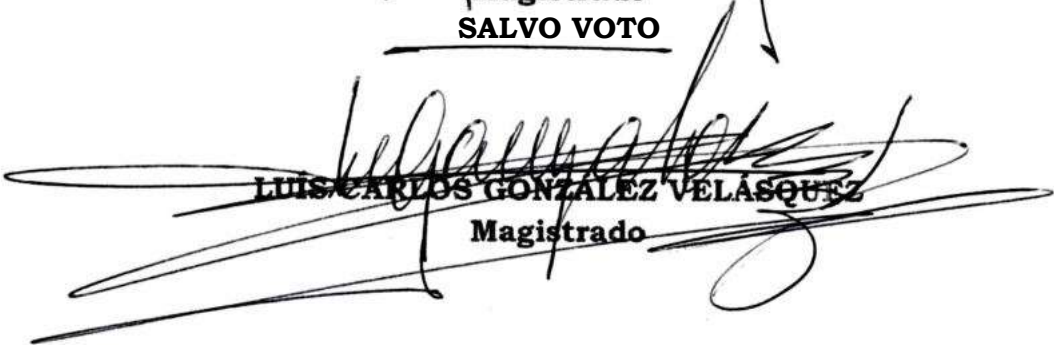
TERCERO: Sin COSTAS en esta Instancia. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado
SALVO VOTO


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. 110013105009201900478-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Luis 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 PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HERNANDO MALDONADO PACHON** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su condición de representante legal de WORLD LEGAL CORPORATIONS y como apoderada sustituta a la Dra. MARIA ALEJANDRA BARRAGAN COAVA en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 411 al 414.

ANTECEDENTES

HERNANDO MALDONADO PACHON, pretende que se declare la nulidad o la ineficacia de su afiliación al RAIS a través de PORVENIR S.A quien lo asesoró equivocadamente y por ello lo trasladó del ISS hoy COLPENSIONES; y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A a trasladarlo a COLPENSIONES junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas para que sea quien defina su solicitud pensional, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho y lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 17 de mayo de 1958; cotizó un total de 1225 semanas al ISS; se trasladó a PORVENIR S.A el 20 de febrero de 1998; el asesor comercial de la AFP le informó que tendría una mesada pensional más alta y que el ISS se iba a liquidar, pero no le dijo nada sobre el derecho de retracto, ni le realizó un estudio de la pensión; por solicitud suya PORVENIR S.A le realizó una proyección donde le informó que a los 62 años su pensión sería de \$1.453.800 y en el RPMPD de \$3.314.500; registra un IBL de \$5.303.335, razón por la cual elevó solicitud de nulidad de traslado ante COLPENSIONES siéndole negada (Fls 38-53)

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, su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas y las solicitudes elevadas con su respectiva respuesta.

COLPENSIONES propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, 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 (el acto legislativo 01 de 2005 que adiciona el art 48 de la Constitución Política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica. (fls 73-90)

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (fls 266-295)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de agosto de 2021, el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado que realizó el demandante entre el RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por PORVENIR S.A el 20 de febrero de 1998; condenó a esta última entidad a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentren en la cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuenta de administración y comisiones, condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral las correspondientes semanas para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y condenó en costas a PORVENIR S.A, fijando como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, teniendo en cuenta que PORVENIR S.A cumplió con los requisitos legales exigidos para el traslado en el año 1998, donde no era necesario elaborar proyecciones ni cálculos comparativos, asimismo esta afiliación no se realizó bajo presión como se desprende de las manifestaciones dadas por el demandante en su interrogatorio de parte, siendo que el silencio en el transcurso del tiempo se entenderá como una decisión consciente, sin haber demostrado algún vicio del consentimiento sobre todo cuando la información que se debe entregar lo es en la medida de la simetría entre un afiliado experto y uno lego es decir entre más experto es el afiliado menos asimetría con la información del mercado.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A: considerando que no se probó ningún vicio del consentimiento pues la asesora que atendió la afiliación inicial no quiso atentar o impedir la afiliación del demandante ya que, al contrario, le brindó una alternativa adicional en la que él, haciendo uso de esa libertad y escogencia de cambio de régimen, eligió a PORVENIR S.A para que fuera la única en administrar sus aportes como quedó manifestado en el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico el cual no fue tachado de falso, información que por tanto se le entregó de manera completa y comprensible, además que la permanencia durante más de 20 años y el hecho de que haya permitido los descuentos con destino al fondo privado son una pruebas importantes que generan convicción para demostrar que la afiliación fue totalmente válida, sin olvidar que se encuentra inmerso en la prohibición para retornar al RPMPD, y que debe protegerse el principio de la sostenibilidad financiera, siendo que conforme el interrogatorio de parte, se probó que una de sus motivaciones era el valor de la mesada pensional con lo que quedó en evidencia que conocía las características del RAIS las cuales también están en la ley, sin que se exima de cualquier consecuencia que pueda tener; y en cuanto a los gastos de administración, ellos son producto de la buena gestión que realizó el Fondo durante su permanencia en el RAIS y por ello no forman parte de la pensión de vejez por lo que pueden prescribir.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita que la decisión del A quo sea confirmada en su totalidad, ya que ninguno de los fondos privados aportó pruebas del cumplimiento de su deber de información, además de no presentar ningún documento o testimonio, no controvirtieron probatoriamente las afirmaciones y negaciones indefinidas en la demanda por eso afirma que deben ser probadas como ciertas. Entre tanto, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria y su absolución como quiera que cumplió con el Deber de información que le era exigido para la fecha en que se realizó el traslado, pues se debe recordar que la

afiliación con PORVENIR S.A. se produjo con posterioridad, cuando el traslado ya se había materializado en otro fondo. Finalmente, COLPENSIONES insta en que se le absuelva puesto que el causante se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 artículo 2, igualmente no existe prueba de que el traslado adoleció de algún vicio del consentimiento

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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando que debió tenerse por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si se saneó la nulidad por la permanencia del demandante en el RAIS y los descuentos efectuados, **v)** si su calidad profesional sana la nulidad del traslado **vi)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta el principio de sostenibilidad financiera de dicha entidad, **vii)** sSi PORVENIR S.A está o no obligada a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como los rendimientos y gastos de administración. En virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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 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).

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 11 y 223 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR S.A diligenciado el 20 de febrero de 1998 con fecha de efectividad del 1º de abril del mismo año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folios 12 y 185, 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 del demandante, quien indicó en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar manifestó que es antropólogo, inició a trabajar en el Ministerio del Interior bajo la figura del ISS, años después muchos fondos privados querían que se trasladara al RAIS porque el ISS se iba acabar y que lo pertinente era buscar otra alternativa para poder tener mejores condiciones, incluso a las que allí se tenían, recordando que la asesora de PORVENIR S.A insistía mucho manifestando que los fondos privados iban a tener una alternativa distinta, que lo público estaba rezagado, asesoría que duró 10 minutos, y aunque no se sintió obligado a firmar el formulario de afiliación pues no tuvo toda la información, lo único que sabía en el momento del traslado

era que tenía que contribuir, que le descontaban y que eso iba a un fondo, desconociendo si era público o privado, eso sí le comentaron sobre los aportes voluntarios, que podía heredar lo ahorrado y sobre los rendimientos financieros, ignorando cuáles eran los requisitos para pensionarse en el RPMPD, ha recibido los extractos y su inconformidad radica en que tiene un buen aporte de recursos y siente que cuando le hicieron el cálculo no le alcanza ni para pagar la salud prepagada y eso le genera mucha frustración, sintiendo que todo lo que le dijeron que se podía lograr en cuanto a que podía tener mejores beneficios no se cumplió y no sabía que el ISS se transformó en COLPENSIONES.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al 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 al señor HERNANDO MALDONADO PACHON 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS por 20 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 adocinado 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 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 PORVENIR S.A el 20 de febrero de 1998 con efectividad a partir del 1° de abril 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 1998, ni su condición de profesional - antropólogo- genere 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.

Ahora, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 error 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 cubre 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.”

DE LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL RPMPD

Aduce PORVENIR S.A 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 el 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 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.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Noveno (9) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por HERNANDO MALDONADO PACHÓN en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

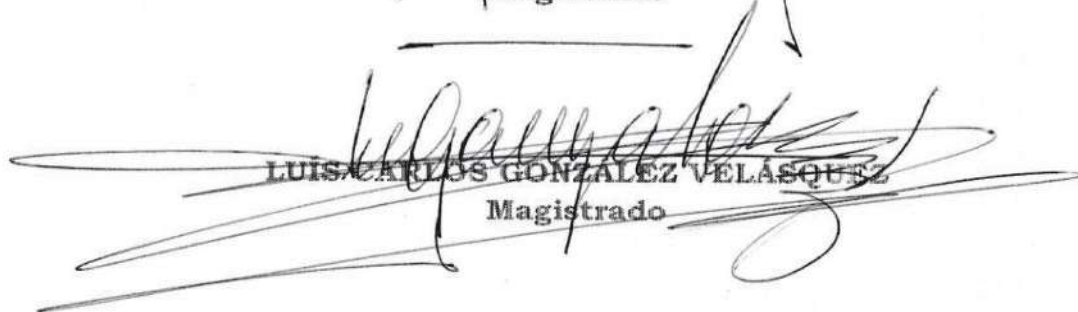
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ 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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105015201900493-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 05 de abril de 2021 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SANTIAGO CABRERA GONZÁLEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** No sin antes reconocer personaría adjetiva para actuar como apoderada principal de Colpensiones a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes y como apoderada sustituta a la doctora María Camila Bedoya García, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 203 vto a 205 vto; además reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de Porvenir S.A a la doctora Jennifer Lorena Molina Mesa y como apoderado sustituto al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 210 a 215

ANTECEDENTES

SANTIAGO CABRERA GONZÁLEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-

COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirlo como afiliado cotizante; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a liberarlo de sus bases de datos y devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos causados; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas procesales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 03 de abril de 1960; que, comenzó su vida laboral el 21 de enero de 1985, al servicio de la Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana, fecha a partir de la cual, también se afilió al RPM, administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hasta el 10 de marzo de 1999, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Indica que, en visita efectuada por un asesor de la AFP PORVENIR S.A., éste le ofreció el beneficio de pensionarse a una edad más temprana, que, el ISS sería liquidado y por ello sus aportes se encontraban en riesgo; que, el monto de su mesada pensional sería más alto, al que posiblemente le correspondería en el RPM, que, al cumplir la edad, no requería pensionarse por lo que podría solicitar la devolución de su capital, sin restricción alguna; sin explicarle, cuál era el capital requerido para obtener una pensión de renta vitalicia y retiro programado en ese régimen; tampoco le informaron acerca de la posibilidad que tenía retornar al RPM, ni le presentaron una proyección del posible valor de su mesada pensional, en uno y otro régimen.

Refiere que, el valor de su mesada pensional, sería más alto en el RPM, que el ofrecido por el RAIS, razón por la cual solicitó a COLPENSIONES, su retorno al RPM, sin obtener una respuesta favorable al respecto (fls. 3-26).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 97-122).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, y las demás excepciones que se encuentren probadas (fls.163-170).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de abril de 2021, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz la afiliación efectuada por el demandante, al RAIS; en consecuencia, ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; que, COLPENSIONES, reactive la afiliación del actor, reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, como su nunca se hubiese trasladado del RPM; declaró no probadas las excepciones propuestas; sin condena en costas para las demandadas.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, evaluados los elementos probatorios evacuados en el presente proceso, la AFP PORVENIR S.A., no cumplió con la carga de la prueba, en cuanto no logró probar que cumplió con el deber de información; siendo que la única prueba que obra es el formulario de afiliación, que efectivamente suscribió el demandante, pero que tiene unos textos preimpresos, que dan cuenta de una presunta libertad de consentimiento, lo cual no es suficiente para demostrar que la AFP, cumplió con su deber legal de brindarle al actor, información clara, suficiente y oportuna de las consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley.

Por su parte, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acredite la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que si lo que se

pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia de la afiliación del actor, al RAIS, y, en consecuencia, si resulta procedente o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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 ellos, 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

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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, 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, 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 a la Administradora privada de pensiones demandada, 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 el presente caso, se allegaron como pruebas, la reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES y la petición de nulidad de traslado efectuada ante la AFP PORVENIR S.A., con las correspondientes respuestas negativas (fls. 30-39 y 139-143); extractos de la cuenta de ahorro individual del demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 40-44 y 134-138); historia laboral válida para bono pensional (fls. 45-47 y 144-146); historia laboral consolidada en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 48-52 y 147-151); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y/o Pensiones obligatorias Porvenir, de fecha 10 de marzo de 1999 (fl. 53 y 123); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 54-57 y 152-155); formulario de vinculación al fondo de pensiones voluntarias de la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 26 de abril de 1999 (fl. 124); formato de actualización de datos del 10 de mayo de 2012 (fl. 123); información trámite bono pensional (fls. 156-157); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 171).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien indicó que, el único soporte con el que cuenta la AFP, del acto de afiliación del demandante, es el formulario de afiliación, comoquiera que la información suministrada fue verbal, y, para la época del traslado, no existía la obligación de dejar soporte escrito al respecto; que, no existen soportes que permitan asegurar que el actor, realizó aportes voluntarios a pensión.

Por su parte, el demandante, informó que, inició su vida laboral hacia el año 1985, comenzó trabajando en la Cruz Roja Colombiana y hacia sus aportes a pensión al Seguro Social; que, paralelamente trabajaba como médico en la Secretaria de Salud de Bogotá, en la Central de Urgencias, donde le hacían aportes a la Caja Nacional de Previsión; que, para marzo de 1999, recibió la visita de los asesores de la AFP PORVENIR S.A., en la Clínica

donde trabajaba, vendiéndole la idea de la crisis del ISS, le explicaron que debía cambiarse al régimen privado, que probablemente perdería sus aportes; que, el asesor, sólo le habló de las ventajas o beneficios de trasladarse al RAIS, sin ningún tipo de limitación, ni restricción, que, en cualquier momento se podría pensionar con un valor mucho más alto que en el Seguro Social; que, se podía pensionar anticipadamente o incluso devolverle los aportes, sin limitación, ni restricción, que, en caso de fallecimiento, sus beneficios directos podrían pedir sus aportes; que, hace como 3 años, se acercó a una oficina de la AFP PORVENIR S.A., para averiguar por su futuro pensional, llevándose una sorpresa, porque le dijeron que probablemente el valor de su pensión de vejez, no llegaría a ser, ni siquiera el 50% de lo que le reconocerían en el RPM, descubriendo además que no fue nada de lo que le habían prometido al momento de su afiliación; que, nunca recibió una llamada o explicación específica para retornar al RPM, antes de los 52 años de edad; que, tiene una cuenta de ahorro de libre inversión con la AFP PORVENIR S.A., porque tiene un descuento tributario, pero no tuvo conocimiento de ella por el asesor de la AFP, al momento de su traslado; que, su deseo de retornar al RPM, es la enorme diferencia en el valor de la mesada pensional, entre uno y otro régimen, que no se equipara con los ingresos que tuvo durante 35 años o más de vida laboral.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP 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 SANTIAGO CABRERA GONZÁLEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el

demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR 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 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 el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 10 de marzo de 1999, 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.

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.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia consultada.

Sin costas en esta Instancia. 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 05 de abril de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **SANTIAGO CABRERA GONZÁLEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

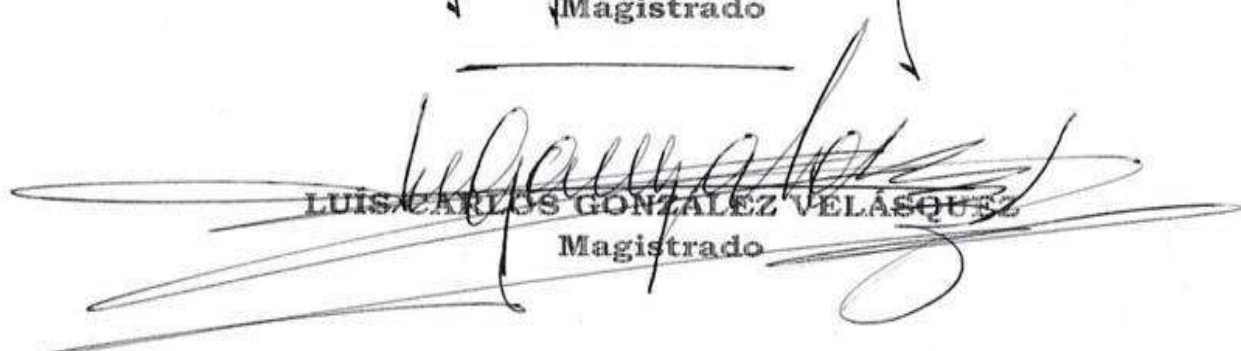
SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201900500-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Porvenir S.A. y Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 16 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUIS MIGUEL CASTELLÓN ARMELLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Winderson José Moncada Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y tarjeta profesional 334.200 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Luis Miguel Castellón Armella promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad del traslado de régimen al RAIS administrado por Porvenir S.A. por no cumplir con el deber de información; que se ordene a Porvenir S.A. a trasladarlo al RPMPD junto con los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, sin incluir gastos de administración y la comisión del seguro previsional cobrados durante la vigencia de la afiliación; que se ordene a Colpensiones a aceptar su traslado, y el pago de costas procesos; subsidiariamente solicita la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 25 de noviembre de 1955, contando con 63 años de edad al momento de la radicación de la demanda, realizando inicialmente aportes al ISS.

Refiere que en abril de 1996 se trasladó al RAIS administrado por Porvenir S.A., atendiendo las recomendaciones del ejecutivo de cuenta, sin que mediara asesoría, convencido de que no tendría ninguna incidencia en su futuro pensional; que posteriormente, para el año 2000, se vinculó con Protección S.A., y en el año 2003, nuevamente con Porvenir S.A., sin que se le hubiese informado que podría retornar al RPM, quedando inmerso dentro de la prohibición de trasladarse, tal y como lo dispone la Ley 797 de 2003 y del Decreto 3800 de 2003.

Que pese a que ha solicitado la nulidad de traslado, y el retorno a Colpensiones, no ha obtenido una respuesta favorable.

CONTESTACIONES 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 que las incluye; frente a los hechos, manifestaron en su mayoría no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad del demandante, las afiliaciones efectuadas, y las peticiones elevadas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y excepción genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen realizado por el señor Luis Miguel Castellón Armella del ISS a Porvenir S.A.; declarar válidamente vinculado al demandante al RPMPD; condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados; ordenar a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM; declarar no probadas las excepciones propuestas; condenar en costas a Porvenir y Protección, concediendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Porvenir S.A. y Protección S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

PORVENIR S.A. indica que para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional en la sentencia de primera instancia, se indicó que el deber de información debía ser probado por parte de la AFP, sin que se hubiese valorado que el consentimiento informado para su libre escogencia se materializó con la suscripción del formulario de vinculación, completamente válido y que no fue tachado de falso por parte del demandante, en el cual constaba que el traslado se realizaba de manera libre, voluntaria y sin presiones, aunado a que siempre se le garantizó el derecho al retracto.

Adicionalmente, indica que tampoco procede la condena de devolver los gastos de administración, pues de conformidad con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% de la cotización a financiar dichos valores, pensión de invalidez y sobrevivencia, sin que estos formen parte integral de la pensión de vejez, y por ello se encuentran sujetos al fenómeno de la prescripción, aunado a que se configura un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

PROTECCIÓN S.A. presenta recurso de apelación, únicamente frente a lo concerniente a trasladar los valores por cuotas de administración, toda vez que estos son descuentos legales que se realizan en ambos regímenes, por lo que de no haberse efectuado el traslado, igualmente se habrían realizado dichos descuentos, máxime cuando no financian la mesada pensional, por tener una destinación específica, y los cuales se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que generó la cuenta de ahorro individual del accionante.

Por último, solicita que se de aplicación al fenómeno de la prescripción sobre estos valores, por cuanto los mismos no se destinan a la mesada pensional, transcurriendo el tiempo suficiente para declararla.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** allega alegatos de conclusión, aduciendo que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó ni se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico de traslado. Adicionalmente, que no puede desconocerse que siempre se le garantizó a la parte actora el derecho de retracto, lo que se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004.

Refieren que no es viable imponer cargas distintas a la AFP, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima.

Asimismo, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, solicitando que se condene a la AFP Porvenir S.A. a tratar al afiliado conforme a las reglas del RPMPD si se confirma la falta de información en la que incurrió con el demandante, con el fin de proteger los dineros que se encuentran en la bolsa común de la entidad, que corresponde a todos los afiliados de dicho régimen. Adicionalmente, aduce que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

La parte **DEMANDANTE**, manifiesta que la parte demandada no logró demostrar de manera fehaciente e inequívoca, que al momento del acto jurídico del traslado inicial de régimen pensional, se hubiese brindado una asesoría completa, integral, panorámica, imparcial y libre de vicios, que hubiesen brindado las herramientas necesarias para tomar una decisión libre, consciente y voluntaria.

Por otra parte, refiere que al interior del proceso si se logró demostrar un perjuicio grave derivado del incumplimiento del deber de información, asesoría y buen consejo por parte de los fondos privados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, **ii)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **iii)** si el formulario es prueba suficientes de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iv)** si Protección S.A y Porvenir S.A. están obligadas a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, y **v)** si frente a las sumas de gastos de administración opera el fenómeno prescriptivo.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 178 obra solicitud de vinculación y traslado del RPMPD a la AFP Porvenir S.A.; a folio 179 obra copia del traslado horizontal realizado a la AFP Colpatria, diligenciado el 28 de noviembre de 1997; a folio 38 del ítem 3 del expediente digital, reposa el traslado efectuado a Colmena, y a folio 181 del expediente, copia de la vinculación a Horizonte, prueba que en principio es concreta en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte del demandante, quien respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS manifestó que en el año 1996 se realizó una charla general a un grupo de médicos, y se habló de las bondades de la AFP sin entrar en detalle individual, que se les indicó que el ISS se acabaría, que habría riesgo de perder la pensión, y que posteriormente no tuvo asesorías adicionales; que su traslado a ING se dio por cuanto laboraba en la Universidad Libre, se efectuaron cambios, y por ello firmó; que no se le indicó que tendría derecho a una cuenta de ahorro individual a su nombre; que se le indicó que la AFP tenía el respaldo del grupo AVAL; que no le manifestaron que tendría derecho a unos rendimientos conforme las cotizaciones efectuadas; que no se le informó que podría pensionarse de manera anticipada; que no se le indicó que su pensión sería heredable; que no ha radicado ninguna queja por la falta de información en que incurrió Porvenir S.A.; que conoció de los aportes voluntarios, por cuanto tenía socios que los estaban realizando; que para la edad de 52 no recuerda haber recibido ninguna comunicación en la que le informaran sobre la prohibición legal de trasladarse de régimen; que no leyó el formulario de afiliación; que sus efectos horizontales se dieron por cuanto tenía la percepción de que eran iguales, y por sugerencia del área de recursos humanos de la entidad en la que trabajaba; que no se acercó a Colmena a averiguar sobre su situación pensional; que desea retornar a Colpensiones, en razón a que en el año 2019 se acercó a las oficinas, y que le indicaron que su pensión no llegaría al salario mínimo, por lo que al solicitar asesoría, pudo conocer que en Colpensiones las condiciones serían mejores.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaban Porvenir S.A. y Protección S.A., obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luis Miguel Castellón Armella 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 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. en 1996, 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RMPD 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 cubre 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.”

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, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 16 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LUIS MIGUEL CASTELLÓN ARMELLA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYAN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201900505-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ORLANDO HERNÁNDEZ PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Winderson José Moncada Ramírez, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y tarjeta profesional 334.200 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Orlando Hernández Pardo promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pretendiendo que se declare la nulidad e ineficacia del traslado inicial del RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, el RAIS administrado por Colfondos S.A.; que como consecuencia de lo anterior, se condene a Colpensiones al aceptar el retorno inmediato del demandante, manteniendo los beneficios de dicho régimen, debiendo recibir todos y cada uno de los valores que hacen parte de la cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, y cualquier suma adicional del asegurado, junto con los rendimientos causados; condenando a la AFP Colfondos S.A. a la devolución

de todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual del señor Orlando Hernández Pardo; a lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 26 de octubre de 1962; que se afilió desde el 13 de julio de 1984 al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, sin que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contara con mas de 750 semanas de cotización y/o laboradas.

Que para el 8 de mayo de 1995 realiza cambio de régimen, vinculándose a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, entidad que no suministró información clara, completa y cierta sobre las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional, dejando de aplicar el debido proceso, y el principio de la condición más beneficiosa en pro del trabajador, omitiendo informar al demandante, que el valor de la pensión dependía directamente de la modalidad de retiro programado y que el posible monto estaba sujeto a los rendimientos de capital fluctuantes por las tasas de interés del mercado; igualmente, que no se le informó que bajo el RPM tenía un derecho pensional cierto, que ya estaba causado y que se consolida en una mesada pensional con un valor vitalicio constante, resultante de aplicar un porcentaje establecido en la ley, acorde con el número de semanas cotizadas

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, dieron contestación en término.

Colfondos S.A. manifestó no oponerse ni allanarse a las pretensiones mencionadas en los numerales 1 a 9, oponiéndose a las demás, con relación a la declaratoria de la nulidad e ineficacia del traslado de régimen; frente a los hechos en su mayoría manifestó ser ciertos, salvo los relacionados con la fecha de afiliación del accionante a Colpensiones, la afirmación de no contar con mas de 750 semanas de cotización al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y del agotamiento de la vía gubernativa ante Colpensiones, indicando que no le costaban. Frente al hecho en que se manifestó que el demandante requería retornar al RPM por el hecho de haberse efectuado el cambio de fondo el cual se realizó vulnerando derechos fundamentales, manifestó no ser cierto.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones manifestó no oponerse a las pretensiones relacionadas en los numerales 1 a 9, y presenta oposición frente a las demás. Con relación a los hechos, en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento del demandante, la vinculación al ISS, la edad al 1 de abril de 1994, la afirmación de no contar con mas de 750 semanas al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y la petición elevada ante la entidad.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de junio de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el señor Orlando Hernández Pardo del RPM al RAIS administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, con efectividad a partir del 1 de julio de 1996; condenar a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante todo el tiempo que permanezca en el RAIS, a partir del 1 de julio de 1996; declarar válidamente vinculado al señor Orlando Hernández Pardo al RPM administrado por Colpensiones, ordenando a esta última a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información de su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regula el RPM, declarando no probadas las excepciones planteadas, condenando en costas a Colfondos S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, en cuanto en el presente caso, se evidencia que con el paso de los años, la parte actora nunca realizó actos que sugirieran su inconformidad de pertenecer a la AFP.

Que no denota que las alegadas falencias, sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, puesto que no se puede concluir que existe un acto homogéneo, sucesivo, ineficaz, y percatarse de ello solo a estar cerca al momento de la causación de la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, solicitando que se condene a la AFP Colfondos S.A. a tratar al afiliado conforme a las

reglas del RPMPD si se confirma la falta de información en la que incurrió con el demandante, con el fin de proteger los dineros que se encuentran en la bolsa común de la entidad, que corresponde a todos los afiliados de dicho régimen. Adicionalmente, aduce que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen, y **ii)** si la permanencia en el RAIS sanea la nulidad del traslado de régimen. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 21 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por Cajanal (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹ a

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas

Colfondos S.A. pensiones y cesantías diligenciado el 8 de mayo de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta

Igualmente se recibió interrogatorio de parte que absolvió el demandante, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el traslado de régimen, indicó que mientras estaba en calidad de funcionario de Ingeominas, estaba afiliado a Cajanal, y que en el año de 1996, en la entidad para la que trabajaba, realizó unas reuniones colectivas con la totalidad de los funcionarios, donde se les ofreció una información muy básica sobre la necesidad de trasladarse de régimen, específicamente a Colfondos S.A., y que posteriormente, algunos asesores iban de oficina en oficina, llevando unos formatos donde se presentaba solicitud de vinculación, y les indicaban que muchas entidades serían reestructuradas o liquidadas, y que en el caso específico, Cajanal podría desaparecer, por lo que lo mas recomendable para su edad, para trasladarse a un fondo privado, donde le garantizarían unas buenas condiciones pensionales.

Aunado a lo anterior, indica el demandante que solo recibió una asesoría por parte de la AFP, y que considera que su empleador si generó pensión, por cuanto las reuniones realizadas fueron colectivas, con solo un oferente, y sin darles ninguna información sobre lo que pasaría si no se trasladaban

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al 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 al señor Orlando Hernández Pardo 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

fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

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 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 Colfondos S.A. el 8 de mayo de 1996 con efectividad a partir 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

En este punto conviene indicar que, si bien es cierto que el fondo al cual estuvo afiliado el demandante en el RPMPD antes de su traslado al RAIS fue a CAJANAL, no es dable disponer su retorno a dicho Fondo sino a COLPENSIONES, en la medida que de no haberse producido su traslado al RAIS sería la entidad administradora del RPMPD a la que estuviera realizando las cotizaciones.

Entonces, dado que la administradora del RPMPD llamada a recibir como afiliado al demandante es COLPENSIONES, deberá adelantar todos los trámites interadministrativos que estime necesarios para actualizar la historia laboral de este y realizar los cobros respectivos ante la entidad a la que se encontraba vinculado antes de su traslado al RAIS o la que la subrogó en la obligación.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente, dado el resultado adverso de su apelación.

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 25 de junio de 2021, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso

ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ORLANDO HERNÁNDEZ PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

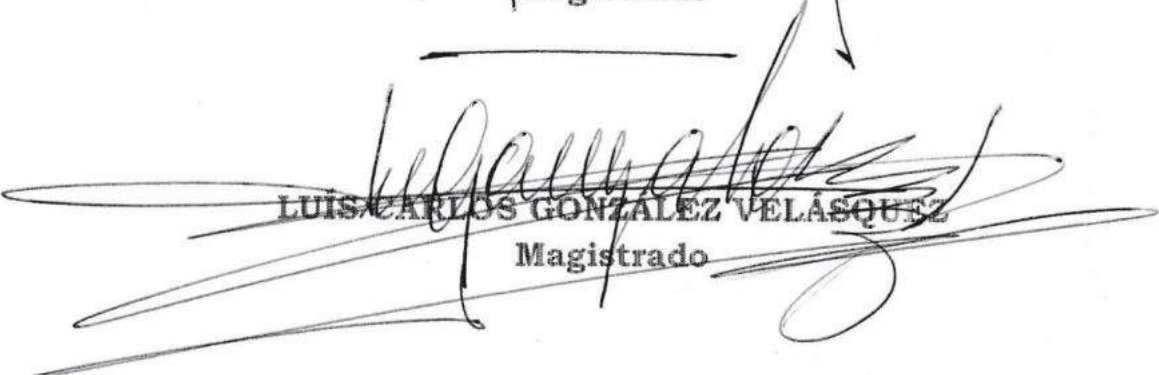
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008201600523-02

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – sustitución pensional.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandado, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 28 de enero de 2021 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ISABEL JAIMES DE ARANDA** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTIAS Y PENSIONES – FONCEP**.

ANTECEDENTES

ISABEL JAIMES DE ARANDA, promovió demanda ordinaria laboral en contra del FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP, para que, se ordene el reconocimiento y pago de la sustitución pensional, como cónyuge sobreviviente del causante Segundo Honorato Aranda Jiménez, incluyendo las mesadas dejadas de percibir y las futuras.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 19 de noviembre de 1938 y a la presentación de la demanda, tenía 80 años de edad; que, el 08 de junio de 1957, contrajo matrimonio católico con el señor Segundo Honorato Aranda Jiménez; que, a su cónyuge, la Caja de Previsión Social del Distrito, le reconoció pensión mensual vitalicia de jubilación mediante resolución 00627 del 22 de agosto de 1995; que, el 10 de agosto de 1984, el causante presentó ante la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, demanda de separación de cuerpos, sin embargo, como la pareja continuó compartiendo el mismo techo, lecho y mesa, mediante sentencia del 30 de mayo de 1985, se negaron las pretensiones de la demanda por carencia absoluta de pruebas.

Indicó que, el señor Aranda Jiménez, falleció el 20 de agosto de 2015, por lo que, ella se presentó el 03 de septiembre de 2015, a reclamar la sustitución pensional ante el demandado; derecho que le fue negado por el FONCEP, a través de la resolución 00014 del 06 de enero 2016, confirmada por la 00449 del 29 de febrero de 2016, argumentando que no reunía los requisitos de ley, comoquiera que, en su partida de matrimonio, se inscribió, como nota marginal, una sentencia del 08 de marzo de 1985, que decretó la separación de cuerpos y cesación de obligaciones y habitación, que no coincide en nada con la decisión proferida en el caso de los esposos ARANDA – JAIMES, quienes nunca se separaron de forma judicial, ni de hecho, conviviendo juntos hasta la muerte del señor Segundo Aranda, durante 58 años de vida marital, permanente y continua (fls. 2-14).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificado en legal forma el demandado **FONCEP**, mediante escrito visible a folios 52 a 60, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la actora, su matrimonio con el causante y la negativa en el reconocimiento de la sustitución pensional deprecada, de los demás dijo no ser ciertos o no constarle; advirtiendo que, la nota marginal obrante en registro de matrimonio del fallecido y la actora, en nada se relacionan con la sentencia de la Sala Civil del Tribunal de Bogotá, presentada en el proceso, lo que da a entender que presuntamente, se llevaron de forma paralela dos procesos, por ello no coinciden las fechas del registro. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación demandada, prescripción de mesadas pensionales y la genérica (fls. 52-60).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de enero de 2021, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que la demandante, era beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su cónyuge SEGUNDO HONORATO ARANDA JIMENEZ; condenó al FONCEP, a reconocer y pagarle a la actora, la pensión de sobrevivientes, a partir del 20 de agosto de 2015, ordenando a la demandada, su pago en un porcentaje del 100%, en cuantía no inferior al salario mínimo mensual legal vigente, valores que deberían ser indexados desde el momento de su causación y hasta el momento efectivo de su pago, autorizando los descuentos respectivos para el Sistema de Seguridad Social en Salud; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada e impuso condena en costas a su cargo.

Al respecto, consideró la Juez de Primera Instancia, que, sin desconocer la anotación marginal del registro de matrimonio, donde se refiere una sentencia del 8 de marzo de 1985, que decretó la separación indefinida de

cuerpos de los esposos Aranda – Jaimes, la cual, es plenamente válida, lo cierto es que, el matrimonio se mantuvo vigente hasta el fallecimiento del causante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la parte demandante, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, en virtud a que el fallo objeto de consulta, fue emitido de conformidad con la constitución y la ley, y cimentado en pruebas que determinan la existencia del derecho en cabeza de la accionante ISABEL JAIMES DE ARANDA, quien es una persona de la tercera edad, con más de 85 años, con serios quebrantos de salud que se han incrementado ante la imposibilidad económica de procurarse asistencia médica adecuada, lo que la ha venido afectando moral y psicológicamente, situación que se agrava progresivamente.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si fue acertada o no la decisión de la Juez de Primera Instancia, que reconoció a la demandante, la sustitución pensional deprecada.

DE LA CONDICIÓN DE PENSIONADO DEL CAUSANTE Y LA SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No fue objeto de discusión en el plenario que la Caja de Previsión Social del Distrito de Bogotá, mediante resolución No. 00627 del 22 de agosto de 1995, le reconoció al señor SEGUNDO HONORATO ARANDA JIMÉNEZ, pensión mensual vitalicia de jubilación, en cuantía de \$395.655,55, efectiva a partir del 01 de agosto de 1994 (CD fl. 66). Tampoco que, el mencionado señor, falleció el 20 de agosto de 2014 como da cuenta el registro civil de defunción que milita a folio 47; lo que de suyo implica que el derecho a la pensión de sobrevivientes reclamada debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por el 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, normas vigentes al momento de su deceso, y que disponen:

“ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones...”

ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. *Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...”

Ahora, cuando el pensionado o afiliado fallece, para ser beneficiarios del derecho pensional, el o la cónyuge, deberá acreditar la convivencia de 5 años con el causante, en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca el lazo matrimonial vigente, independientemente de que existiere una separación de hecho, así lo señaló la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 24 enero 2012, radicado 41637, donde se indicó:

“...no es posible desconocer que el aparte final de la norma denunciada, evidencia que el legislador respetó el concepto de unión conyugal, y ante el supuesto de no existir simultaneidad física, reconoce una cuota parte a la cónyuge que convivió con el pensionado u afiliado, manteniéndose el vínculo matrimonial, aun cuando existiera separación de hecho.

Esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación, y que entregó parte de su existencia a la conformación de un común proyecto de vida, que inclusive coadyuvó con su compañía y su fortaleza a que el trabajador construyera la pensión, se ve desprovista del sostén que aquel le proporcionaba; esa situación es más palmaria cuando es la mujer quien queda sin ese apoyo, en tanto su incorporación al mercado laboral ha sido tardía, relegada históricamente al

trabajo no remunerado o a labores periféricas que no han estado cubiertas por los sistemas de seguridad social.

No se trata entonces de regresar a la anterior concepción normativa, relacionada con la culpabilidad de quien abandona al cónyuge, sino, por el contrario, darle un espacio al verdadero contenido de la seguridad social, que tiene como piedra angular la solidaridad, que debe predicarse, a no dudarlo, de quien acompañó al pensionado u afiliado, y quien, por demás hasta el momento de su muerte le brindó asistencia económica o mantuvo el vínculo matrimonial, pese a estar separados de hecho, siempre y cuando aquel haya perdurado los 5 años a los que alude la normativa, sin que ello implique que deban satisfacerse previos al fallecimiento, sino en cualquier época”.

En el presente caso, el FONCEP, negó el derecho a la sustitución pensional, alegando que, en el registro civil de matrimonio de la actora y el causante, estaba inscrita una anotación según la cual, por sentencia judicial del 08 de marzo de 1985, se había decretado la separación definitiva de cuerpos de la pareja ARANDA – JAIMES (fls.15-20).

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, registro civil de matrimonio católico, celebrado el 08 de junio de 1957, entre SEGUNDO HONORATO ARANDA e ISABEL JAIMES, y donde efectivamente se lee, al costado *“En la fecha (Agosto 24-85) procedente de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá se recibe oficio No. 1085 comunicando separación de cuerpos de Segundo Honorato Aranda e Isabel Jaimes; para ser registrado en el folio correspondiente según sentencia del H. Tribunal del 8 de marzo de 1985 y quedando en firme el 22 de marzo de 1985, y el artículo 1° de la parte resolutive dice “Decretase la separación indefinida de cuerpos de los esposos Aranda – Jaimes en consecuencia quedan cesantes las obligaciones de cohabitación y habitación que el matrimonio les impone el cual no obstante la cesación de tales obligaciones permanecerá vigente; Art. 2 ... Art. 3... Art. 4... Art. 5 ... Art. 6... Hugo A. Vela Camelo (Fdo.) Ana Rosa de Ramírez (Fdo.) Heriberto Caicedo Méndez..” Magistrados) T.S.D.J.B”* (fls. 43, 46, 153 y 158 reverso).

También militan algunas piezas procesales de la demanda de separación de cuerpos, presentada el 10 de julio de 1984, por el causante y en contra de la demandante, pero tramitada por el Magistrado Alfonso Guarín Ariza, que finalizó con sentencia del 31 de mayo de 1985, en la que se resolvió *“PRIMERO. Niéganse las pretensiones de la demanda por carencia absoluta de prueba y consiguientemente, absuélvese a la demandada de los cargos formulados en ella”* (fls. 21-42);

Igualmente, obra declaración extraproceso de la actora y los señores OSCAR HERNANDO ZABALA JAIMES y TRANSITO ETELVINA VASQUEZ NEIRA, donde informaron que ésta convivió con el causante por 58 años, bajo el mismo techo, lecho y mesa, desde el 8 de junio de 1957 y hasta el 20 de agosto de 2015, fecha de su fallecimiento, unión de la cual procrearon 7 hijos; y que, dicha unión conyugal se mantuvo hasta el deceso del señor Aranda (fls. 44-45).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, indicó que, en ningún momento se separó del causante; que, no fue a ningún Juzgado, ni firmó nada al respecto; que, se le hizo raro cuando sacó el registro de matrimonio y tenía esa anotación, pero que ella vivió con él durante 57 años, hasta su muerte, que se produjo por EPOC, enfermedad que sufrió durante 20 años, porque fumaba mucho; que, vivían en una finca, pero por la enfermedad del señor ARANDA, el médico les dijo que tenían que vivir en Anapoima, por el clima; que, cuando él se enfermaba, ella era quien lo llevaba al médico; que, durante los 5 años anteriores a su muerte, no se separaron y fue la época más difícil de su enfermedad; desconoce por qué su esposo interpuso esa demanda de separación, de lo cual ella sólo tuvo conocimiento, cuando comenzó a tramitar los papeles para pedir la pensión de él.

En el proceso declararon SEGUNDO ISAIAS COY FINO, quien manifestó conocer al causante y la actora, como esposos, en su casa de Anapoima; que, él es ministro de comunión en la Iglesia y cada semana le llevaba la comunión al fallecido los días jueves y también lo transportaba con su esposa al Hospital en Girardot; que, sólo lo conoció en el año 2006 o 2007 cuando el causante, ya tenía padecimientos de salud, sin embargo, se podía mover muy despacio, vivía con la demandante, solos, y ella era quien lo cuidaba, lo acompañaba al médico, ocasionalmente los hijos los visitaban los fines de semana; que, durante el tiempo que conoció a la pareja Aranda – Jaimes, nunca se enteró de separación alguna.

JOSÉ EFRÉN FERNÁNDEZ GÓMEZ, dijo ser vecino de la demandante, en Anapoima, desde hace 11 años, cuando ella llegó al pueblo con su esposo SEGUNDO HONORATO ARANDA, a comprar la casa y como él es vendedor de finca raíz, ellos le dijeron que cambiaban por salud, porque el señor vivía enfermo de los pulmones y ella era la que veía por él, siempre que se enfermaba, la actora, era la que estaba pendiente de su salud; que, el testigo los visitaba frecuentemente, los veía conviviendo y los hijos los visitaban; que, no le consta que el causante, se hubiese separado antes de la actora, pero durante los 11 años que fueron vecinos, siempre los vio juntos; que, la demandante, acompañó al señor SEGUNDO HONORATO ARANGO hasta su fallecimiento.

Así las cosas, analizado el material probatorio en todo su conjunto no cabe duda para la Sala, que aun cuando no se logró determinar el origen de la anotación marginal que refiere la separación de cuerpos de los esposos ARANDA – JAIMES, que aparece en el registro civil de matrimonio; tal circunstancia, no tiene la relevancia suficiente para negarle a la actora, el derecho pensional que le asiste como cónyuge supérstite del fallecido, pues, clara es la jurisprudencia en señalar que, sólo la extinción del vínculo conyugal por causa del divorcio con el causante conlleva la pérdida del beneficio para acceder a la pensión de sobrevivientes; lo que no ocurrió en el presente caso, donde quedó plenamente demostrado no sólo su vínculo marital por rito católico desde el 8 de junio de 1957, sino también que durante el tiempo de convivencia procrearon siete (7) hijos; y, hasta el fallecimiento del señor SEGUNDO HONORATO ARANDA, cumplieron con

sus obligaciones como cónyuges, brindándose socorro y ayuda mutua, apoyo económico, asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, reflejo de un proyecto de vida en pareja, responsable y estable; cumpliendo así con el requisito de convivencia, requerido para acceder al derecho pensional; resultando acertada la decisión de la Juez de Instancia, lo que conduce a esta Sala, a confirmar la sentencia consultada.

Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Se confirman las de Primer Grado.

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 consultada, proferida el 28 de enero de 2021 por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso Ordinario Laboral promovido por **ISABEL JAIMES DE ARANDA** en contra del **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

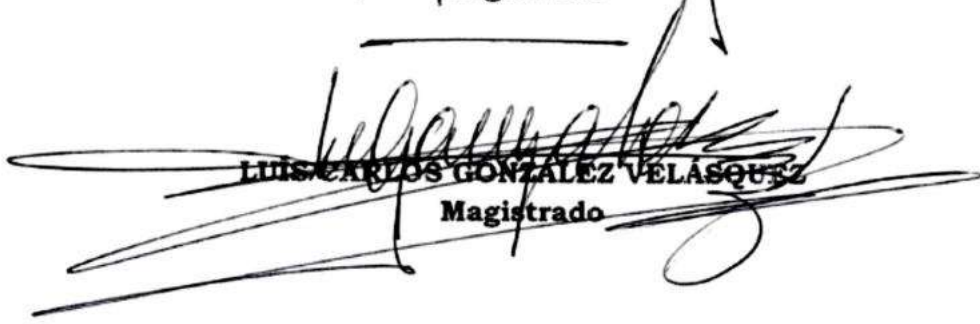
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia, por no haberse causado, se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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. 110013105027201900558-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 recurso de apelación interpuesto la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2021 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **SAUL TOMAS SALAS BLANCO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan de folios 137 a 139.

ANTECEDENTES

SAUL TOMAS SALAS BLANCO, pretende que se declare que fue inducido a grave error por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A al haber omitido información completa, veraz, oportuna e imparcial sobre los beneficios, inconvenientes, consecuencias y efectos relacionados con la

decisión de su traslado al RAIS; que se declare ineficaz la afiliación a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y vigente la vinculación al RPMPD administrado por COLPENSIONES sin solución de continuidad; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a comunicar a COLPENSIONES la ineficacia de la afiliación; se condene a esta última entidad a tenerlo como afiliado; se condene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES el ciento por ciento de los aportes efectivamente cancelados por la indebida afiliación al RAIS con los rendimientos que por ellos se han generado y la historia laboral por el tiempo cotizado al RAIS; pago de costas, gastos, agencias procesales y demás sumas de dinero que resulten ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 14 de mayo de 1957; se vinculó al ISS hoy COLPENSIONES en forma interrumpida entre el 18 de febrero de 1981 y el 31 de julio de 1995 para un total de 727,00 semanas cotizadas; tenía una expectativa legítima de pensionarse a los 62 años de edad y 1.300 semanas cotizadas; se trasladó el 17 de agosto de 1995 al RAIS administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; en el momento del traslado no le efectuaron las proyecciones del monto que le corresponde según el RAIS ni le informaron las ventajas y desventajas del traslado del régimen pensional, pero sí se le manifestó que se podría pensionar a la edad que quisiera con el valor de la mesada pensional que no afectaría sus expectativas y que el ISS iba a desaparecer; no le indicaron sobre la prohibición legal de retornar antes de cumplir 52 años de edad; elevó solicitud ante COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A para que le realizaran una proyección pensional pero la entidad guardó silencio; según cálculos de la pensión de vejez en el RPMPD la suya no sería inferior a \$9.520.615 y en el RAIS de \$5.257.612, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siendo negadas. (fls 3-7 vto)

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 del actor, su afiliación a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de

nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 50-68).

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de buena fe, la genérica, compensación y pago. (fls 75-79 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de julio de 2021, el Juzgado Veintisiete del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado del RPMPD administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; condenó a esta última entidad a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones o aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; condenó a COLPENSIONES a tener al actor como válidamente afiliado al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y a recibir los dineros trasladados por la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y condenó a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A en costas incluyendo la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho, sin condena en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada y en su lugar se le absuelva, pues no se tuvo en cuenta las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante conforme el Decreto 2241/2010, esto es, el silencio del consumidor financiero en el tiempo por no tener una adecuada revisión y atención a sus negocios jurídicos; del mismo modo, tampoco se tuvo en cuenta la responsabilidad objetiva que recae directamente en COLPENSIONES al tener que recibir al demandante en el RPMPD cuando en ningún momento generó el daño, y que al momento del traslado no existían documentos adicionales para que los fondos privados pudieran demostrar la información dada a los trasladados, siendo que, en todo caso, la declaratoria de la nulidad del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicitó que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindó la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. A su vez, la parte actora solicita la confirmación del fallo, por cuanto en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. 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 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 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 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).

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 permite que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 122 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A diligenciado el 17 de agosto de 1995 con fecha de efectividad del 1° de septiembre del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 122 vto).

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 al señor SAUL TOMAS SALAS BLANCO 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 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 COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el 17 de agosto de 1995 con efectividad a partir del 1° de septiembre de ese 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, máxime cuando la permanencia en el RAIS desde el año 2000, ni su condición de profesional -abogado- genere la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos 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 tema de apelación, en cuanto 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,

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, además que no participo en el negocio jurídico.

En tal sentido, basta indicar que en oposición a lo manifestado por el 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 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.

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

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de COLPENSIONES. 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 28 de julio de 2021 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por SAUL TOMAS SALAS BLANCO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada recurrente COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho 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 GAVÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013201900568-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 16 de marzo de 2021, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA ELENA DEL VALLE CHACON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y sustituir el poder conferido a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 164 al 169 vto.

ANTECEDENTES

MARIA ELENA DEL VALLE CHACON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la ineficacia y/o nulidad del formulario de afiliación al RAIS, suscrito con PROTECCION S.A.,

el 06 de agosto de 1996: y, en consecuencia, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, condenando a PROTECCION S.A., a devolver o trasladar a COLPENSIONES las cotizaciones o aportes a pensión recibidas, con los rendimientos financieros y los gastos de administración; que, se condene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado, de conformidad con el regreso automático solicitado; que, se conceda la ultra y extra petita, además de condena a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 14 de marzo de 1971; que, en agosto de 1995, se afilió por primera vez al Sistema General de Pensiones, y comenzó a cotizar en el Seguro Social, hasta el año 1996, cuando asesores comerciales de PROTECCION S.A., se acercaron para ofrecerle el traslado de régimen pensional, sin realizarle un estudio previo de su situación, indicándole que su mesada pensional, sería mejor.

Indica que, en el afán de capturar su afiliación, el asesor de PROTECCION S.A., no tuvo en cuenta que no podía efectuar legalmente su traslado, en los términos del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, pues, requerida mínimo de 3 años de afiliación al RPM, para poder cambiarse al RAIS; que, además, la AFP demandada, omitió darle la información necesaria, comprensible, suficiente y objetiva sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; y ahora, al encontrarse frente a una expectativa pensional, pudo determinar que el valor de su mesada, no sería lo que le prometieron; que, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, solicitando la ineficacia y/o nulidad de su traslado al RAIS, sin obtener respuesta alguna a la fecha de presentación de la demanda (fl. 2-9 y 31-42).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION S.A, 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y la obligación, buena fe y las demás que se encuentren probadas (fls. 95-98).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (fls 107-117).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de marzo de 2021, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante; condenando PROTECCION S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; igualmente, ordenó a COLPENSIONES, tener como afiliada a la actora, recibir los dineros provenientes del RAIS, y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a PROTECCION.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

COLPENSIONES, argumentó que, en el presente caso operó la ratificación que perfecciona el acto ineficaz, en los términos del artículo 898 del C.Co., en atención a que, con el paso del tiempo la parte actora, nunca hizo actos que sugieran su no intención de pertenecer a la AFP; que, con la densidad que años que permaneció la demandante, afiliada al RAIS, no se denota la supuesta falta de información o engaño de que fuera objeto al momento de su traslado inicial.

Por su parte, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, dijo que, su inconformidad, se limitaba únicamente al tema de trasladar a COLPENSIONES los costos de administración, pues, se trata de descuentos autorizados en la Ley 100 de 1993, y tuvieron como consecuencia, la generación de rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, así mismo, el porcentaje destinado al seguro previsional, cumplió su finalidad de garantizar los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante la afiliación de la actora, sin que existe la esa AFP, puede asumir con cargo a su propio patrimonio los descuentos realizados por dichos conceptos; refiere que, si las cosas deben volver al estado en que se encontraban, como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, los rendimientos generados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, que se comparan con una fiducia, fueron superiores a los causados en el ISS, por lo que, podría condenarse a la devolución de los gastos de administración, pero, conservando lo ganado por su gestión; que, no existe una demostración fáctica de los perjuicios causados a COLPENSIONES, generados por el traslado y que hayan producido una falencia o falla económica a dicha Entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Entre tanto, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas COLPENSIONES y PROTECCION, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si con el paso del tiempo y la permanencia de la actora en el RAIS, se ratificó su voluntad de permanecer en dicho régimen pensiona; y iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones, 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 sentido, al plenario se allegó reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 11-14); formulario solicitud de vinculación a PROTECCION S.A., suscrito el 06 de agosto de 1996 (fl. 15 y 118); resumen de historia laboral de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 16-24 y 121-127); reclamación administrativa radicada ante el COLPENSIONES el 12 de junio de 2019 (fl.27); expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES (CD fl.101); consulta SIAF (fl.119); resumen historia laboral para bono pensional (fl.120); reporte estado de cuenta Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCION (fls. 128-138).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, para agosto de 1996, trabajaba con la Cruz Roja, como médico general asistencial, y estando allí le hicieron una oferta laboral con SURATEP, que era la Administradora de Riesgos Laborales de Suramericana, en el momento de iniciar su vínculo laboral con esa Compañía, le enviaron de la Oficina de Talento Humano, un asesor de PROTECCION S.A., quien le sugirió que era mejor cambiarse a esa Administradora de pensiones, porque allí iba a tener un mejor rendimiento de su dinero, iba a tener una cuenta pensional y con el tiempo recibiría una mejor pensión y a una edad menor; que, esa asesoría fue individual, SURATEP, envió al asesor a su sitio de trabajo en Teusaquillo, para que le hablara sobre el tema, charla que no duró más de 10 minutos; que, no le explicaron cómo podría pensionarse anticipadamente, o qué debía hacer

para tener una mejor pensión; que, a diferencia del ISS, tendría una cuenta personal, que le generaría unos rendimientos que ella podría cobrar; también le hablaron de aportes, voluntarios que podía hacer cuando quisiera, pero no le informaron para qué servía; que, existía la posibilidad de recibir un bono pensional, pero nada más; no le dieron diferencias entre uno y otro régimen, sólo que iba a tener su cuenta personal, con mejores rendimientos con el ISS; que, el formulario lo diligenció el asesor, quien le preguntaba la información requerida e iba llenándolo, limitándose ella a verificar que los datos de identificación estuvieran bien, pero no miró nada más; que no recibió otra asesoría con posterioridad, ni buscó reasesoría, sólo cuando se enteró por algunos compañeros de la dificultad para pensionarse en el RAIS, y que ella estaba igual, para marzo o abril de 2018, se acercó a PROTECCION S.A., para averiguar y verificar si la información que comentaban los demás médicos era cierta, comprobando que nada de lo prometido era verdad, pues nada corresponde a la realidad de lo que le ofrecen hoy en día; que, también se acercó a COLPENSIONES, para trasladarse, pero ya había cumplido 47 años de edad y no podía retornar.

Por su parte, la representante legal de PROTECCION S.A., indicó que, para demostrar la asesoría brindada a la actora, en el año 1996, únicamente reposa en esa Administradora, el formulario de afiliación allegado el plenario, no se tiene contacto con el asesor de la época, quien ya no trabaja en la Compañía, ni tampoco se cuenta con otro documento.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCION 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 MARÍA ELENA DEL VALLE CHACON, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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, existió error de hecho cuando la demandada PROTECCION 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 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., el 06 de agosto de 1996, 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; sin que el paso del tiempo o la permanencia de la actora, en el RAIS, por más de 20 años, sea razón suficiente para entender subsanado el incumplimiento por parte de PROTECCION S.A., al deber de información, pues, como se ha por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia del 8 de mayo de 2019, con radicación 68838, *“a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*.

De otra parte, dado que la apoderada de PROTECCION S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 16 de marzo de 2021, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARÍA ELENA DEL VALLE CHACON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PROTECCION S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLAS

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105007201700583-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato realidad – indemnización por despido en estado de embarazo – indemnización moratoria – responsabilidad aseguradora.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., en contra de la sentencia proferida el 04 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LUISA FERNANDA RESTREPO CHÁVEZ** en contra de **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN** y el **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**.

ANTECEDENTES

LUISA FERNANDA RESTREPO CHÁVEZ promovió demanda ordinaria laboral contra en contra de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que, de manera principal, se declare la existencia de un contrato de trabajo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, que se desarrolló del 24 de marzo al 30 de septiembre de 2015; y, en consecuencia, se condene solidariamente a las demandadas, al pago de la sanción despido en estado de embarazo, auxilio de cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, la indexación de las condenadas que no sean susceptibles de indemnización moratoria; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó declarar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como su verdadero empleador y a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION, como simple intermediario, solidariamente responsable del pago de la sanción por despido en estado de embarazo, auxilio de cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, indexación de los valores que no sean objeto de moratoria, las costas procesales y lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, suscribieron los contratos de prestación de servicios 275 de 2014 y 147 de 2015, para el suministro de personal en misión *“que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión”* del FNA; que, en virtud de dicho contrato, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN la vinculó laboralmente, el 24 de marzo de 2014, bajo la modalidad de obra o labor contratada, como trabajadora en misión al servicio del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para desempeñar el cargo de comercial IV, con un salario mensual equivalente a \$1.565.000; cumpliendo un horario de 7:00 a.m. a 5:00 p.m. y desempeñando sus funciones en la sede ubicada en la ciudad de Villavicencio.

Refirió que, como comercial IV, debía atender a los clientes financieros del Fondo en las empresas, diligenciar documentos de afiliación y traslado de cesantías, de apertura de cuentas de ahorro voluntario contractual y de créditos hipotecarios y educativos, además de apoyar eventos comerciales, apertura de nuevos mercados potenciales, punto comercial y presentación de informes; funciones que corresponden al giro ordinario del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, se trata de un cargo existente en la planta de personal y no eran de carácter temporal, debido a la expansión del Fondo.

Indicó que, para el mes de septiembre de 2015, le fue notificado que continuaría como trabajadora en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, pero a través de otra empresa de servicios temporales, por lo que, el 28 de septiembre de 2015, tuvo que practicarse los exámenes médicos ocupacionales, para ingresar a ACTIVOS S.A. y, a través de éstos, tuvo conocimiento de su estado de embarazo; que, el 30 de septiembre de 2015, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION, le informó la terminación del contrato de trabajo, sin que nunca más fuera contactada por la nueva temporal ACTIVOS S.A., para suscribir el nuevo contrato de trabajo como se le había prometido.

Manifestó que, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION, a la terminación del contrato de trabajo, no le canceló las prestaciones sociales, ni la indemnización por despido en estado de embarazo; que, practicada una interventoría a los contratos suscritos entre OPTIMIZAR y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, la empresa interventora,

le recomendó al Fondo, declarar el incumplimiento contractual.

Que, la actora instauró acción de tutela, que correspondió por reparto al Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Villavicencio, quien, mediante fallo del 22 de diciembre de 2015, amparó sus derechos fundamentales, decisión modificada por la Sala Penal del Tribunal de Villavicencio, y que, fue puesta en conocimiento del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, el 8 de julio de 2016, sin que la fecha de presentación de la demanda se haya dado cumplimiento a la misma (fls. 1-30).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas las demandadas FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., EN LIQUIDACION, 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 suscripción de los contratos comerciales 275 de 2014 y 147 de 2015 entre ellas; así como, el vínculo laboral con la actora, sus extremos y cargo desempeñado.

El **FONDO NACIONAL DEL AHORRO**, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas al FONDO NACIONAL DEL AHORRO como empleador de la demandante, buena fe, compensación y la improcedencia doble reconocimiento de las obligaciones. Adicionalmente, llamó en garantía a LIBERTY SEGUROS S.A. y la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS – CONFIANZA S.A. (fls. 83-116).

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION JUDICIAL, propuso las excepciones de existencia de procedimiento concursal especial, preferente y prevalente en curso para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales objeto de demanda y la genérica (fls. 255-268).

La llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, dijo no constarle los hechos de la misma, aclarando que, las pólizas de cumplimiento a favor de Entidades Estatales, donde el tomador y afianzado fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el asegurado y beneficiario era el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, sólo amparan salarios y prestaciones sociales, cuando el Fondo, funge como empleador directo, lo que, considera que no se cumple en el presente caso. Propuso las excepciones de prioridad en la afectación de las pólizas Nos. DL006347- DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A – Confianza S.A.- aplicación preferente de pago, afectación de las pólizas DL007987 y DL008460 expedidas por la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza S.A., Compañía Aseguradora de

Fianzas S.A. – Confianza S.A., recibió por parte de la liquidadora de Optimizar Servicios Temporales el listado de los trabajadores en misión que deben beneficiarse de las pólizas de disposición legal, cobro de lo no debido (restricción de la póliza); límite del valor asegurado, ausencia de responsabilidad solidaria, ausencia de cobertura por agravación del estado de riesgo por parte del asegurado, buena fe, prescripción laboral, extinción de la acción generada en el contrato de seguro y prescripción del mismo, compensación y la genérica (fls. 151-174).

La **COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FIANZAS S.A. – CONFIANZA**, también se opuso a las pretensiones de la demanda y dijo no constarle ninguno de los hechos de la misma; en cuanto al llamamiento en garantía, indicó que, las pólizas 24DL007987 y 24DL008460, expedidas a favor de los trabajadores de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., ya fueron objeto de afectación, mediante un proceso administrativo iniciado por los trabajadores ante el Ministerio de Trabajo, en el que se ordenó indemnizarlos hasta la suma máxima asegurada; acto administrativo que ya cobró firmeza y no es posible revivir para incluir nuevas personas o nuevos conceptos a pagar. Propuso las excepciones de improcedencia de afectación de la póliza, ausencia de requisitos para que se pueda hacer efectiva la póliza 24DL006347, falta de legitimación en la causa por pasiva de Aseguradora de Fianza S.A. CONFIANZA para ser llamada en garantía por LIBERTY SEGUROS S.A., ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas – ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza y pago (fls. 351-364).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de febrero de 2020, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., existente entre el 24 de marzo y el 30 de septiembre de 2015, en el que la señora LUISA FERNANDA RESTREPO CHÁVEZ, desempeñó el cargo de comercial IV, con un salario de \$1.300.000; condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., al pago de \$2.600.000 por la indemnización de que trata el artículo 239 del CST y de \$5.893.333 por concepto de indemnización moratoria, desde el 30 de septiembre de 2015 y hasta el 15 de febrero de 2016, cuando esa demandada, comenzó el proceso de reorganización ante la Superintendencia de Sociedades; absolvió a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., de las demás pretensiones de la demanda; absolvió al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, LIBERTY SEGUROS S.A. y CONFIANZA S.A., de las condena invocadas en su contra; declaró probadas las excepciones propuestas por éstas últimas; condenó en costas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y a la parte actora.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación la parte demandante y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

Se duele la parte **demandante**, porque el Juez de Primera Instancia, no declaró el contrato realidad con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, quien, de acuerdo con el principio de primacía de la realidad sobre las formas y conforme a las pruebas allegadas y practicadas en el plenario, quedó demostrado que fungió como verdadero empleador de la actora, haciendo uso de la contratación de personal a través de empresas de servicios temporales, para desempeñar labores que no eran temporales ni excepcionales, sino del curso normal de la Entidad; que, la indemnización moratoria, debe ordenarse de forma plena, como lo dispone el artículo 65 del CST, sin limitarla hasta la fecha en que comenzó el proceso de liquidación de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., pues, tanto la ley, como la jurisprudencia, son claras en señalar que los trabajadores, no asumen los riesgos, ni pérdidas del empleador; y que, debe imponerse a las Aseguradoras, llamadas en garantía, el pago de las condenas impuestas, teniendo en cuenta las pólizas constituidas para cubrir dichas acreencias laborales, además de existir una orden del Ministerio del Trabajo, que así lo dispuso.

Por su parte, la demandada **OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN**, se opuso a la condena impuesta por el despido de la trabajadora en estado de embarazo, argumentando que, no se probó la mala fe de esa Empresa, para despedir a la trabajadora por su estado de gravidez, pues, ella nunca puso en conocimiento de la empresa, su estado de embarazo, y que, en todo caso, cumplió con la orden de tutela dada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Villavicencio, al respecto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, pues, dentro del proceso se demostró que la demandante, prestó sus servicios para esa entidad como trabajadora en misión, y quien fungió como su verdadero empleador fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, bajo los presupuestos establecidos en la Ley 50 de 1990; además que, esa Entidad, tiene limitaciones legales que le impiden contratar en trabajadores en forma permanente, de ahí que para alcanzar sus metas y objetivos, acude al personal en misión, en el marco de la legalidad y sin incurrir en ninguna práctica de tercerización o precarización del trabajo. Por su parte LIBERTY SEGUROS S.A., también solicitó confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, la Sala, deberá determinar: i) si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., o si por el contrario debió resolver la pretensión subsidiaria en la que se reclamaba la relación laboral con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, como verdadero empleador; ii) si procede o no la indemnización por despido injusto prevista en el artículo 239 del CST; iii) si la indemnización moratoria impuesta se debió limitar hasta el 15 de febrero de 2015, fecha en que entró en liquidación OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., o si debió ordenarse su pago como expresamente la ordena el artículo 65 del CST; y iv) si las Aseguradoras, llamadas en garantía, deben responder por el pago de las condenas impuestas.

DEL CONTRATO REALIDAD

Refiere la parte actora en su recurso que, el Juez de Primera Instancia, no declaró el contrato realidad con el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en virtud del principio de primacía de la realidad, además de encontrarse plenamente demostrado que dicho Fondo, actuó como su verdadero empleador, haciendo uso de la contratación de personal a través de Empresas de Servicios Temporales, para desempeñar labores que no eran temporales ni excepcionales, sino del curso normal de la Entidad.

Al respecto debe la Sala, señalar que, el a-quo, de acuerdo a las pretensiones principales de la demanda (fls. 2-4), declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la actora y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., por tanto, no omitió resolver lo relacionado con el contrato realidad, que extraña la parte demandante, ya que, dicha petición se hizo de manera subsidiaria, cuando solicitó en el numeral 1.2.1. declarar al *“FONDO NACIONAL DEL AHORRO en su calidad de verdadero empleador”*, de ahí que, el Juez de Primer Grado, no estaba obligado a pronunciarse al respecto, ante la prosperidad de las pretensiones principales.

Frente a este tema, la Sala de Casación Laboral, entre otras, en las sentencias con radicación 63722 del 12 de junio de 2019, 35960 del 24 de agosto de 2010 y en el auto 74145 del 25 de mayo de 2016, estableció que las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio

cuando quiera que las principales no resulten acogidas por el Juzgador de Instancia:

“Lo anterior resulta así, por la potísima razón que las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando quiera que las principales no resulten acogidas por el juzgador, por tratarse de una acumulación eventual o subsidiaria, es decir, cuando en el petitum inicial se plantean pretensiones excluyentes entre sí, lo que supone la dejación de las segundas ante la prosperidad de las primeras, siendo procedente abordar el estudio y decisión de aquellas, únicamente, frente a la desestimación previa de los pedimentos principales, pues al no tratarse de peticiones independientes y autónomas entre sí, (acumulación simple), si no por el contrario, tienen relación de dependencia, que condiciona que solo ante el rechazo de las súplicas principales es procedente el análisis de las subsidiarias; todo lo cual impide que se puedan confrontar unas y otras, no siendo dable sumar los dos valores para de allí obtener el interés jurídico económico exigido para recurrir en casación, como lo plantea la parte demandante” (Auto 74145 del 25 de mayo de 2016).

En ese orden de ideas, comoquiera que, en el presente caso la aspiración principal de la demandante, era la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y así fue resuelto por el a-quo, tal pretensión no es susceptible de ser examinada en esta Instancia en atención al principio de congruencia, aunado a que las facultades ultra y extra petita se encuentran reservadas al Juez de Primer Grado; además, sin hacer un estudio de fondo acerca de la pretensión subsidiaria, advierte la Sala, que de acuerdo con los extremos de la relación laboral, reclamados en la demanda y declarados en Primera Instancia, esto es, del 24 de marzo al 30 de septiembre de 2015, no se advierte que, la contratación de la actora, haya excedido el término previsto en el numeral 3 del artículo 77 de la Ley 50 de 1990; y por lo tanto, tampoco que hubo un incumplimiento respecto a la finalidad del servicio temporal regulado por dicha norma, en concordancia con el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Quedo establecido en el plenario y no fue objeto de discusión en la alzada, que a la terminación del contrato de trabajo de la demandante, el 30 de septiembre de 2015, su empleador, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., no le pagó la liquidación definitiva de prestaciones sociales, la cual sólo le fue cancelada, 2 años después, por orden del Ministerio de Trabajo, a través de la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A., Confianza, mediante la afectación de las pólizas de seguro DL007987 de 2015 y DL008460 de 2016.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Juez de Primera Instancia, ordenó el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, desde el 30 de septiembre de 2015 y hasta el 16 de febrero de 2016, fecha última en la que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., entró en proceso de

reorganización ante la Superintendencia de Sociales; y, es este el punto de inconformidad de la parte actora, quien manifiesta que, esta sanción no debió limitarse, sino reconocerse plenamente hasta la fecha en la cual se procedió al pago de las acreencias laborales, pues, el trabajador, puede asumir los riesgos y pérdidas de su empleador.

Así pues, se debe señalar que, si bien es cierto, como advierte la recurrente, de conformidad a lo establecido por el artículo 28 del CST, los trabajadores, no pueden asumir los riesgos o pérdidas de su empleador, ni mucho menos, puede pensarse que el hecho de que una empresa esté en liquidación es razón suficiente para exonerarse de la sanción por el incumplimiento en el pago de salarios y acreencias laborales; lo cierto es que, en virtud de lo establecido por el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión a proceso de reorganización, se encuentra prohibido ejercer algunos actos a los administradores, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de la demandante.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral en sentencia del 21 de abril de 2020, reiterando el criterio expuesto en la sentencia con radicación 45523 del 26 de noviembre de 2014, señaló que:

“De lo expuesto en precedencia, la demandada no demostró la existencia de razones serias y atendibles que justificaran el incumplimiento de sus obligaciones patronales, pues aún con dificultades económicas contaba con ingresos suficientes para el pago de las mismas a la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin que tuviera que esperarse que con posterioridad se sometiera al proceso de reorganización, de manera que su conducta no puede ser ubicada en el campo de la buena fe, con el ánimo de exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

En este punto debe recordarse que la jurisprudencia de la Sala ha sido clara en sostener que el mencionado proceso de reactivación económica no legitima al empleador omitir el pago de las acreencias laborales (CSJ SL, rad. 37288, 24 ene. 2012).

Pese a lo anterior, se limitará el reconocimiento de la indemnización sólo hasta el 17 de octubre de 2012, fecha en que la Superintendencia de Sociedades admitió el trámite de reorganización empresarial y nombró promotor, debido a que, desde entonces, dicho agente estatal desplazó al empleador y entró a dirigir los destinos económicos de la sociedad intervenida, sin que pudiera a su arbitrio, cancelar las acreencias del accionante, utilizando los recursos destinados a conservar el equilibrio de la compañía y la igualdad entre los acreedores, conforme a los fines propios de la reactivación empresarial (CSJ SL16280-2014).”

Por lo tanto, presentada la solicitud de admisión a proceso de reorganización, el 15 de febrero de 2016 (fl. 72 reverso), a la sociedad OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., y habiendo sido admitida la compañía, no le era posible realizar pagos sin la autorización de

Superintendente de Sociedades, situación que la ubica en el campo de la buena fe en el impago de las acreencias correspondientes a la actora, a partir de dicha calenda; en consecuencia, la indemnización moratoria impuesta debía ser limitada a la admisión en el proceso de reorganización empresarial, como lo estableció el juez de Primer Grado, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada, en ese sentido.

DEL DESPIDO EN ESTADO DE EMBARAZO

Se opone la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, a la sanción por el despido de la trabajadora en estado de embarazo, alegando que, la terminación del vínculo laboral no se produjo por mala fe, ni en virtud de dicho estado, pues, nunca tuvo conocimiento del mismo; y que, en todo caso, al haber cumplido con las órdenes de pago impuestas por el Juez de Tutela, tampoco se justificaría dicha condena.

Sea lo primero aclarar que, conforme a la orden de tutela dada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Villavicencio, de fecha 16 de febrero de 2016, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., debía realizar el reconocimiento de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud, de la demandante, durante el periodo de gestión posterior a la terminación de su contrato, para garantizarle el pago de la licencia de maternidad (fls. 50-63); por lo tanto, esa orden no tiene ninguna relación con la sanción por despido de la trabajadora en estado de embarazo, que procede la Sala a revisar.

Ahora bien, el artículo 239 del CST, modificado por el 35 de la Ley 50 de 1990, vigente para la fecha de los hechos, señalaba:

“ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR:

- 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.*
- 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.*
- 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado.”*

Claro es entonces que, si una mujer, es despedida en estado de gravidez o dentro de los tres meses posteriores al parto, sin autorización del Inspector del Trabajo, dicha terminación se presume que es por motivos de embarazo

y en consecuencia procede la indemnización prevista en el numeral 3 de la norma en cita.

Sin embargo, sobre el particular, reiterada jurisprudencia, ha señalado que para que se dé la presunción de la norma antes mencionada, es indispensable que el empleador, conozca del embarazo de la trabajadora, al momento del despido; así se pronunció la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 28 de septiembre de 1998, con radicación 10993, reiterada entre otras en sentencia del 28 octubre de 2002, radicación 18493, sentencia del 22 de febrero de 2007, radicación 29016 y del 30 de agosto de 2011, radicación 40283, en la cual indicó:

“... La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8° del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba.

En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido”.

En el caso bajo estudio, observa la Sala, que, a la trabajadora, se le informó mediante comunicación del 25 de septiembre de 2015, la finalización del vínculo laboral aduciendo la terminación de la obra o labor contratada (fl. 35); y como informó la actora, al absolver interrogatorio de parte, el 30 de septiembre de 2015, cuando se encontraba realizando los exámenes médicos para vincularse con una nueva Empresa de Servicios Temporales, tuvo conocimiento de su estado de embarazo, lo que se corrobora con el resultado de laboratorio clínico obrante a folio 46, de fecha 30 de septiembre de 2015; no obstante, la actora, pese a haberle comunicado dicha condición

al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, el 14 de octubre de 2015 (fls. 40, 43-44), sólo enteró a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., mediante correo electrónico del 04 de noviembre de 2015 (fl. 45); es decir, que esta última demandada, quien era su empleador, no tuvo conocimiento del embarazo, sino después de la terminación del vínculo; por tanto, habrá de revocarse el numeral segundo de la sentencia apelada, para en su lugar absolver a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN de esa pretensión.

DE LA RESPONSABILIDAD DE LAS ASEGURADORAS LLAMADAS EN GARANTÍA

Finalmente, en relación con la petición de la demandante, para que las Aseguradas demandadas, concurren al pago de las condenas impuestas, teniendo en cuenta las pólizas constituidas por OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACION, además de existir una orden del Ministerio del Trabajo, que así lo dispuso; basta señalar, que, LIBERTY SEGUROS S.A., fue convocada al juicio, por el FONDO NACIONAL DEL AHORRO, y sólo estaría llamada a responder en caso de haberse impuesto a esa Entidad, alguna obligación, lo que no ocurrió; y ,en relación con la COMPAÑÍA ASEGURADORA DE FINANZAS – CONFIANZA S.A., téngase en cuenta que, la póliza DL007987, con vigencia del 01 de enero de 2015 al 01 de enero de 2016 (fl.373-374), que cubriría los perjuicios ocasionados en el contrato de la demandante, mediante resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016, ya fue afectada *“hasta el monto máximo del valor asegurado”* (fls. 379-405), y según certificación de folio 604, *“no existe saldo del valor asegurado con cargo a la póliza de cumplimiento 24DL007987 (...) en la medida en que luego de efectuados pagos en virtud de las múltiples reclamaciones judiciales y extrajudiciales a la aseguradora, el valor asegurado equivalente a la suma de \$5.154.800.000, se encuentra agotado”*, por lo que, tampoco podría imponerse a ésta, condena alguna al respecto.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por la demandante y la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN.

Sin costas en esta Instancia. Se confirman las de Primer Grado.

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: REVOCAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 04 de febrero de 2020, por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada OPTIMIZAR SERVICIOS

TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN, de la indemnización prevista en el artículo 239 del CST, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

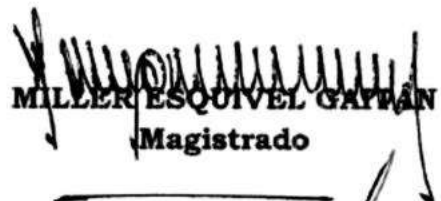
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

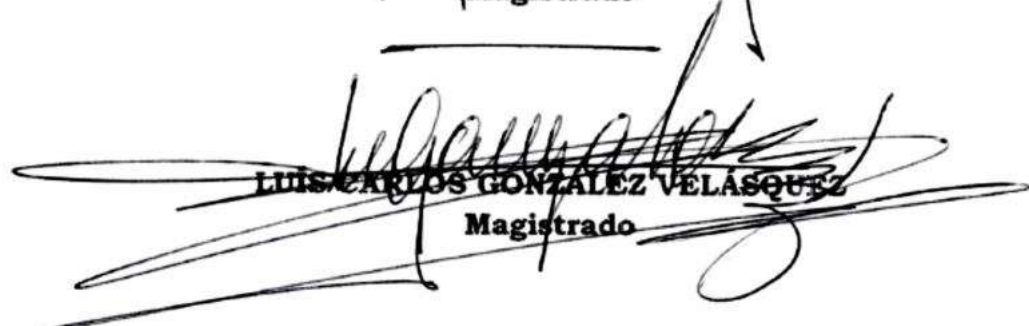
TERCERO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se confirman las de Primer Grado.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
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. 110013105039201900584-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALIRIO AVILA LOZANO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan de folios 8 a 11.

ANTECEDENTES

ALIRIO AVILA LOZANO, pretende que se declare la nulidad del traslado al RAIS realizada el 10 de octubre de 2006; y como consecuencia, se condene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes realizados a

COLPENSIONES junto con los rendimientos generados, se ordene a esta última entidad a aceptar el traslado así como a recibir los aportes pensionales realizados junto con los rendimientos generados y a activarlo como afiliado; lo que resulte ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 6 de marzo de 1959; inició sus cotizaciones en el ISS hoy COLPENSIONES el 1° de marzo de 1979, contando con más de 1300 semanas cotizadas; sin justificación alguna hubo un aparente traslado de las cotizaciones al RAIS administrado por PORVENIR S.A el 10 de octubre de 2006, razón por la cual elevó solicitudes de traspaso de semanas cotizadas y de nulidad de traslado ante las demandadas durante el período comprendido entre el año 2010 y hasta el año 2016 siéndole negadas; el 21 de junio de 2016 PORVENIR S.A profirió respuesta donde concluyó que ***“su vinculación al RAIS fue anulada por ilícito/ falsedad/ fraude”***, adjuntando para lo propio un “informe de análisis grafológico” suscrito por un perito de documentos cuestionados del área de investigaciones de PORVENIR S.A; por consiguiente elevó varias solicitudes ante COLPENSIONES para que continuara con el traslado de régimen pero siempre se negó, debiendo, por tanto, interponer acción de tutela que le fue negada ante la existencia de otros mecanismos idóneos para dirimir este conflicto. (fls 3-14)

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 constarle, salvo los relacionados con la edad, como se llevó a cabo su afiliación a PORVENIR S.A, las solicitudes elevadas ante las demandadas con sus respectivas respuestas y las acciones de tutelas interpuestas.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 179-181 vto)

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 192-210).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de agosto de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá se resolvió: declarar que el traslado que parece haber realizado el actor del RPMPD al RAIS a través de PORVENIR S.A., con efectividad a partir del 10 de octubre de 2006, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que éste jamás se separó del RPMPD; condenó a PORVENIR S.A. a que transfiera al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual si aún las tiene junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliado y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima con destino a COLPENSIONES, ordenó a esta última entidad a que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y que reactive la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad, declaró no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y declara probada la excepción de buena fe propuesta por PORVENIR S.A, condenó a COLPENSIONES al pago de las costas a favor del demandante dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque de manera integral la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que no existen actos de relacionamiento o alguna falta de información brindada al demandante que lleve a una ineficacia de su traslado de régimen, por lo que debió ser estudiado como una acción de nulidad del acto de afiliación, no obrando prueba de fraude dentro del proceso, ya que lo único que se manifestó es que se hizo una prueba grafológica, sin evidencia de trámite ante la Fiscalía o algún otro procedimiento donde se decretara que realmente existió dicho fraude. Adicionalmente, si bien es cierto en el mes de abril del año 2010 el actor presentó derecho de petición en el cual solicitaba se realizará retorno de su afiliación ante el ISS, no lo es menos que hasta el año 2019 realizó una acción ordinaria tendiente a validar su afiliación ante el RPMPD, de ahí que al haber transcurrido desde el 2010 hasta la fecha más de 6 años operó la prescripción de la acción para declarar la nulidad de esa afiliación ante PORVENIR S.A realizada en el 2006, a lo que se suma que no es posible su retorno al RPMPD porque no agotó debidamente la vía gubernativa ni las acciones que correspondían para la nulidad del acto jurídico, por tanto no es dable declarar la nulidad porque de proceder así existiría una descapitalización al sistema pensional, y finalmente, frente a la condena en costas no se

encuentra probado que existieran las condiciones para la nulidad de la afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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 la anulación que realizó** PORVENIR S.A. en el año 2016, sobre la afiliación que registraba el señor ALIRIO AVILA LOZANO a ese fondo desde el año 2006 produce efectos contra COLPENSIONES, **ii) si la acción de nulidad de traslado de régimen está prescrita y iii) si tal anulación del acto de afiliación y traslado afecta el sistema financiero y iv) si hay lugar a condenar en costas a COLPENSIONES**. 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 del actor.

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).

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 144 milita formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media con prestación Definida administrado por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A., diligenciado presuntamente por el demandante el 10 de octubre de 2006, prueba que en principio sería concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, no obstante, como quiera que fue el propio fondo quien decidió anular tal afiliación luego de realizar, por petición del actor, la investigación correspondiente que lo llevó a concluir que tal traslado estuvo precedido de un ilícito/falsedad y fraude, conforme quedó demostrado con el análisis grafológico que consta a folio 91, no cabe duda que el presupuesto de la información que debió haber brindado al actor al momento del traslado de régimen resulta ser un hecho fútil en las presentes diligencias, si se tiene en cuenta que en el referido traslado ni siquiera participó el demandante, y si ello es así, los argumentos en los que finca su inconformidad COLPENSIONES no tienen vocación de prosperidad, por la potísima razón que no estamos en presencia de un acto en el que ambas partes consintieron en el traslado y cuya información se presentó de manera deficiente, sino ante un acto inexistente por cuanto una de las partes no participó en su elaboración; de ahí que las distintas exigencias que le hizo COLPENSIONES al actor para aceptar su retorno al RPMPD, lejos de mostrarse ajustadas a la ley, lo que denotan es un total desconocimiento de los derechos de éste al entorpecer y dilatar su vinculación real y efectiva a esa entidad, pues pese a conocer de manera directa por parte del Fondo de pensiones que no fue voluntad del actor trasladarse de régimen, decidió someterlo a tener que formular denuncia penal por la falsificación de su firma, denuncia que como quedó visto en el *sub lite*, fue archivada por la Fiscalía (fl.64), y ni aun así, teniendo conocimiento de tal ausencia de afiliación libre, voluntaria y espontánea, dicha administradora ha querido adelantar los trámites correspondientes para que el señor ALIRIO AVILA pueda considerarse como legalmente vinculado al RPMPD, so pretexto de que la nulidad de la aludida afiliación debe ser declarada por autoridad competente, cuando bien podía haberse dado a través de un trámite interadministrativo, ante la ausencia de sustento jurídico que le permita a COLPENSIONES poner trabas que garanticen los derechos fundamentales de los usuarios en aquellos casos en que se han confirmado las irregularidades alegadas.

Así las cosas, toda vez que se halla probado que la AFP Porvenir S.A. aceptó que el promotor de esta actuación no consintió ni firmó el formulario de afiliación, es procedente confirmar la sentencia apelada que ordenó a COLPENSIONES la formalización de su afiliación sin presentar exigencias que no se encuentran en el ordenamiento jurídico, considerando que se le están endilgando responsabilidades al accionante que recaen exclusivamente en las AFP, situación que indudablemente afecta sus derechos incluso de rango fundamental al encontrarse desvinculado tanto de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., como de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, significando una desprotección para aquél, al punto que ASOFONDOS dicha afiliación de su historial de vinculaciones.

En suma, mal puede COLPENSIONES exigir una sentencia penal en la que se declare la ilicitud de un acto producto de una falsedad o fraude, en lugar de acoger la aceptación expresa del Fondo Pensional sobre su equivocación -no la del demandante-, en la afiliación de éste, tal y como dicho fondo lo reconoció en el documento de folio 63 en el que se lee: *“que su afiliación fue anulada por la causal “ILICITUD/FALSEDAD/FRAUDE” en el Fondo de Pensiones obligatorias Porvenir”* y que *“Dado lo anterior, usted no se encuentra activo con Porvenir S.A. Así mismo, le informamos que su cuenta presentaba aportes en rezagos los cuales fueron trasladados por el proceso denominado no vinculados (en el detalle se evidencian los aportes de marzo de 2014 a junio de 2017)”*.

Por lo expresado, como estamos ante un traslado de régimen ineficaz, por su puesto que lo propio es que se considere que el actor sigue siendo afiliado al régimen de prima media al cual se encontraba para ese momento administrado por el ISS; ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que se advierta con tal determinación un daño a la sostenibilidad financiera del sistema pues a la AFP le asiste la obligación de girarle los dineros producto de esa afiliación, como acertadamente lo dispuso la A quo.

Al tema oportuno resulta citar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral en la sentencia SL4360-2019 del 9 de octubre de 2010, con radicado 68852, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, cuando en lo pertinente señaló:

“En la medida en que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, la Sala en sentencias CSJ SL1688-2019 y CSJ SL3464-2019 explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al statu quo ante). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que «cualquiera sea la

forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás» (CSJ SC3201-2018).

Como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre). De no ser posible, es decir, cuando la vuelta al statu quo ante no sea una salida razonable o plausible, el juez del trabajo debe buscar otras soluciones que resarzan o compensen de manera satisfactoria el perjuicio ocasionado al afiliado, con ocasión de un cambio injusto de régimen.

Ahora bien, en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación sólo 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).”

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

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.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

Sobre el particular la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

Atendiendo el resultado de la alzada se imponen costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. 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 5 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por ALIRIO AVILA LOZANO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

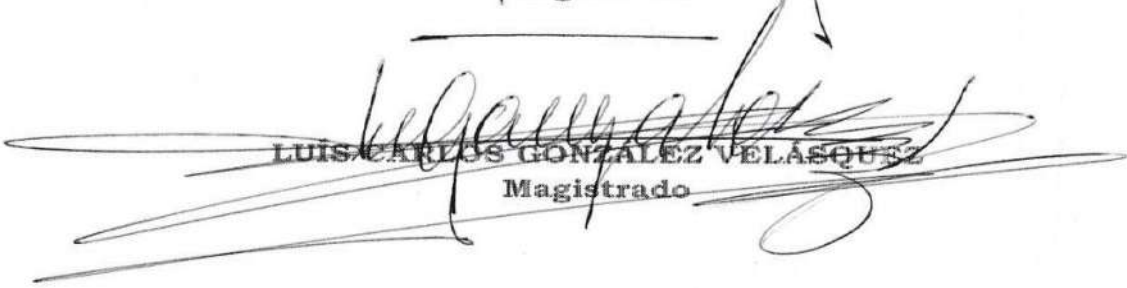
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

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. 110013105039201900589-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA LUCIA GONZALEZ SANÍN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLFONDOS S.A a la Dra. JEIMMY CAROLINA BUITRAGO PERALTA, en los términos de la documental obrante de folios 13 a 18; así mismo se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la abogada CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. PAOLA ALEJANDRA MORENO VASQUEZ en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 21 a 23.

ANTECEDENTES

MARIA LUCIA GONZALEZ SANÍN, pretende que se declare la nulidad de su vinculación al RAIS administrado por COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS; y como consecuencia, se ordene a esta última entidad a trasladar los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta

pensional, incluyendo los cobros y gastos de administración descontados; se ordene a COLPENSIONES a aceptar su vinculación en el RPMPD recibiendo el traslado de aportes, rendimientos financieros y cobros de administración; se condene a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV de que trata el art 13 literal b y 271 de la ley 100/1993, lo que resulte ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, relató, en síntesis, que desde que inició su actividad laboral estuvo vinculada en el RPMPD hasta el 15 de mayo de 1995, día en que suscribió formulario de afiliación y cambio de régimen con la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; en el momento del traslado el asesor de la AFP le indicó que al trasladarse no perdería los beneficios pensionales del RPMPD pero no le informó los riesgos de trasladarse al RAIS ni le realizaron simulaciones pensionales entre ambos regímenes, entre otros aspectos; CAJANAL y el ISS no realizaron ninguna gestión para desvirtuar los argumentos de la AFP en cuanto decía que se iba acabar, razón por la cual ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negadas. (fl 2-16)

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 y negando o manifestando no constarle la mayoría de los hechos salvo los relacionados con su afiliación a cada una de ellas, la vigencia del estatuto del consumidor financiero, sus solicitudes ante las demandadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– propuso las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 86- 104 vto).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Carpeta 6 PDF 2 fls 1-21)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve (39)

Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar que el traslado que hizo del RPMPD al RAIS a través de COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 1° de junio de 1996 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del RPMPD, condenó a COLFONDOS S.A. a que transfiera al RPMPD todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al RPMPD administrado por COLPENSIONES; ordenó a esa última entidad a que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia y que reactive la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz por parte de COLFONDOS S.A; y ordenó a COLFONDOS S.A. pagar de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$1.890.000.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia, teniendo en cuenta que la demandante, al realizar su traslado de régimen pensional, conocía las características del RAIS así como lo previsto en el art 13 de la ley 100/1993, sin que para ese momento se hubiera ejercido alguna presión o coacción sobre ella, siendo que muy por el contrario su decisión de afiliarse a la AFP fue libre y voluntaria, además que para el momento en que realizó su solicitud de traslado ya se encontraba dentro de la prohibición descrita en el art 2° de la ley 797/2003, sin que exista prueba de error o vicio del consentimiento en el momento de su afiliación o que hubiere existido alguna falta de información por parte de COLFONDOS S.A, ya que la misma brindó la información necesaria y requerida por la demandante en su oportunidad, y si ésta se encontraba insatisfecha con dicha información podía haber solicitado su ampliación acercándose a las oficinas lo que no hizo como usuaria financiera

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el actor solicita la confirmación del fallo porque no se demostró que le explicaran las implicaciones de dicho traslado relacionado con las diferentes modalidades de pensión. Entre tanto, COLPENSIONES y COLFONDOS peticionan que se revoque la sentencia en cuanto a que la decisión se tomó de manera libre y espontánea al trasladarse, además no se probó que fuese por un error de información, sino que concurrió en una omisión, asimismo incurre en la prohibición estipulado en el artículo

2° de la ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que el 24 de julio de 2019 la demandante contaba con 58 años deviene entonces la imposibilidad de trasladarse.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, y **ii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD. 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 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 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 27 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹ a

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 15 de mayo de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1° de junio de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 107, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS 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 MARIA LUCIA GONZALEZ SANÍN 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 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 PENSIONES Y CESANTÍAS 15 de mayo de 1995 con fecha de efectividad a partir del 1° de junio de ese 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.

Ahora, 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, o de los parámetros fijados en la sentencia SU 062/10, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

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

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de la recurrente. 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 31 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la acción promovida por MARIA LUCIA GONZALEZ 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 cargo la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-. 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 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026201700599-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – recobro reserva matemática pensión invalidez – Prescripción.

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes demandante y demandada, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de enero de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., COLMENA SEGUROS S.A.** en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**

ANTECEDENTES

La COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., COLMENA SEGUROS S.A., promovió demanda ordinaria laboral en contra de AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., para que, se declare que la demandada, asumió los riesgos laborales del trabajador TOMÁS DANIEL GUERRERO TERAN, con anterioridad a su vinculación con esa Aseguradora, periodo durante el cual estuvo expuesto a los riesgos ocupacionales que dieron origen al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a su favor; que, se declare que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 776 de 2002 y por los artículos 5 y 6 del Decreto 1771 de 1994, está obligada a reembolsarle la totalidad de los gastos que asumió y todos los valores que pagó, por concepto de la reserva matemática y de las prestaciones económicas respectivas al trabajador TOMÁS DANIEL GUERRERO TERÁN; y, en consecuencia, se condene al pago, en un 100% de \$113.712.033 por mesadas pensionales, hasta el 9 de junio de 2017, más los demás pagos que se realicen por este concepto hasta el pago de lo que se defina en la

sentencia, \$190.504.692 de reserva matemática, constituida para atender el pago de la pensión de invalidez del trabajador; sumas que deberán ser indexadas y sobre las cuales se deberán cancelar los intereses comerciales de mora a la más alta tasa permitida en la ley, liquidados desde la fecha de ejecutoria de la sentencia hasta que se realice su pago total; que se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas procesales.

De manera subsidiaria, solicitó que, se declare que AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., en virtud de lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 776 de 2002 y por los artículos 5 y 6 del Decreto 1771 de 1994, está obligada a reembolsarle, los gastos que asumió y los valores que pagó, en el porcentaje que se determine en el proceso, por concepto de la reserva matemática y de las prestaciones económicas respectivas, en proporción al tiempo en que el trabajador estuvo expuesto a los riesgos y mientras duró su afiliación con la demandada; y, en consecuencia, se condene a la accionada, al pago del porcentaje que se determine, respecto de cada uno de los valores señalados en las pretensiones principales.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, tanto COLMENA como AXA COLPATRIA, son sociedades comerciales legalmente constituidas y autorizadas para ofrecer y prestar servicios de seguros sociales de riesgos profesionales; que, AXA COLPATRIA, asumió los riesgos laborales del trabajador TOMÁS DANIEL GUERRERO TERÁN, a quien el 28 de febrero de 2004, le fue diagnosticada una enfermedad profesional; sin embargo, empezó a presentar síntomas desde mucho antes y en todo caso, mientras el trabajador estuvo afiliado a AXA COLPATRIA.

Indicó que, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, emitió dictamen pericial No. 13948, del 13 de marzo de 2007, donde determinó que el trabajador padecía una PCL del 54.60%, estructurada el 28 de febrero de 2004, es decir, que su enfermedad se inició, consolidó, presentó síntomas y se diagnosticó cuando estuvo afiliado a AXA COLPATRIA, pues, el señor GUERRERO TERÁN, se afilió a COLMENA, el 01 de mayo de 2004, no obstante, COLMENA, ordenó el reconocimiento de la pensión de invalidez, a partir del 22 de mayo de 2007, considerando que recibió salarios hasta el 21 de mayo de ese año; que, el mencionado afiliado, ingresó en nómina para agosto de 2007, por lo tanto, COLMENA, procedió a constituir la respectiva reserva matemática por valor de \$190.504.692, para el pago de las mesadas pensionales, también le pagó un retroactivo pensional, causado entre el 22 de mayo y el 30 de julio de 2007, por \$2.114.750 y, le ha venido cancelado las mesadas correspondientes, sobre la suma de \$1.042.659, para un total a la fecha de presentación de la demanda de \$113.712.033.

Refirió que, COLMENA sostuvo acercamientos y conversaciones con AXA COLPATRIA, para que asumiera la prestación, sin obtener respuesta favorable (fls. 4-13 y 69-85 PDF).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, dio contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestó no constarle; aclarando que esa Aseguradora, no fue vinculada al trámite de calificación de la invalidez del trabajador, y, por lo tanto, no existe responsabilidad alguna en el pago de la prestación pensional. Propuso las excepciones que denominó dictamen de la Junta Nacional no es oponible a ARL AXA COLPATRIA, falta de prueba de los requisitos legales para acceder al derecho pretendido, prescripción, compensación y la genérica (fls. 99-103).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de enero de 2021, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a AXA COLPATRIA a reembolsar a la demandante, debidamente indexada desde el momento de la prestación, la suma de \$36.957.910, por concepto de la reserva matemática constituida para atender el pago de la pensión de invalidez del señor Tomás Daniel Guerrero; absolvió a la demandada de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de COLMENA SEGUROS S.A. y AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A. – COLMENA SEGUROS S.A.**, argumentó que, en virtud de los dictámenes periciales allegados al proceso y la exhibición de documentos practicada, quedó demostrado que el trabajador estuvo expuesto a los riesgos y los síntomas que generaron la enfermedad, mientras estuvo afiliado a AXA COLPATRIA; además que, en el proceso se encuentra claramente determinado el monto de las reservas hechas por esa Aseguradora, para el pago de la pensión de invalidez del trabajador, las cuales deben restituirse en su totalidad, junto con los valores cancelados por concepto de pensión de invalidez, y no, de manera proporcional como fue ordenado.

AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., solicitó revocar la decisión impugnada, para que en su lugar se absuelva de todas las pretensiones, pues, conforme al artículo 29 de la Constitución Política, en todos los procedimientos administrativos y judiciales, debe atenderse el debido proceso constitucional, lo cual no cumplió la demandante, quien pretende

imponer a AXA COLPATRIA, una calificación de pérdida de la capacidad laboral, de la cual no se le notificó, ni vinculó, no se le permitió hacer uso de los recursos por la vía administrativa; calificación que, simplemente COLMENA aceptó motu proprio y ahora quiere imponer a AXA; que, no se trata de que AXA COLPATRIA hubiese tenido una cobertura total, como se pretende en la demanda, sino 2003 y 2004, como considera que acertadamente lo señaló la a-quo, sin embargo, la prescripción es evidente, por reclamarse pagos efectuados en el año 2007.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLMENA SEGUROS DE VIDA S.A., reiteró su solicitud para que se revoque la sentencia apelada y se acceda al reconocimiento de las pretensiones principales de la demanda.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si resulto o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, que ordenó el reembolso parcial de la reserva matemática constituida por la demandante, para pagar la pensión de invalidez del trabajador Tomás Daniel Guerrero Terán, pese a que, para la fecha de estructuración de su enfermedad laboral, se encontraba afiliado a la demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., haciendo especial énfasis en el debido proceso y el fenómeno de la prescripción.

DEL REEMBOLSO DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS Y ASISTENCIALES REQUERIDAS POR EL TRABAJADOR AL MOMENTO DE SU AFILIACIÓN CON LA ARL DEMANDANTE

Con el fin de desatar los recursos de apelación interpuestos contra la decisión de Primer Grado, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, señala:

“Las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, serán reconocidas y pagadas por la administradora en la cual se encuentre afiliado el trabajador en el momento de

ocurrir el accidente o, en el caso de la enfermedad profesional, al momento de requerir la prestación.

Cuando se presente una enfermedad profesional, la administradora de riesgos profesionales que asume las prestaciones, podrá repetir proporcionalmente por el valor pagado con sujeción y, en la misma proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido el afiliado en las diferentes administradoras, entidades o a su empleador de haber tenido períodos sin cobertura.

(...)

Las acciones de recobro que adelanten las administradoras son independientes a su obligación de reconocimiento del pago de las prestaciones económicas dentro de los dos (2) meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento. Vencido este término, la administradora de riesgos profesionales deberá reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que rige para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora. Lo anterior, sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar.”

Igualmente, el parágrafo del artículo 2.31.4.4.8 del Decreto 2973 de 2013 establece que las Aseguradoras, deben constituir una reserva de enfermedad laboral, utilizando el 2% de las cotizaciones mensuales devengadas, la cual “solo podrá ser utilizada para el pago de siniestros de enfermedades laborales ante el recobro de otra administradora que repita contra ella por prestaciones económicas y asistenciales derivadas de enfermedad laboral”.

Por su parte, los artículos 2.2.4.4.5 y 2.2.4.4.6 del Decreto 1072 de 2015, dispone:

“Artículo 2.2.4.4.5. Reembolsos entre entidades administradoras de riesgos laborales. Las prestaciones derivadas de la enfermedad laboral serán pagadas en su totalidad por la entidad administradora de riesgos laborales a la cual esté afiliado el trabajador al momento de requerir la prestación.

La entidad administradora de riesgos laborales que atienda las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad laboral, podrá repetir por ellas, contra las entidades que asumieron ese riesgo con anterioridad, a prorrata del tiempo durante el cual otorgaron dicha protección, y de ser posible, en función de la causa de la enfermedad.

La entidad administradora de riesgos laborales que asuma las prestaciones económicas, podrá solicitar los reembolsos a que haya lugar dentro del mes siguiente a la fecha en que cese la incapacidad temporal, se pague la indemnización por incapacidad permanente, o se reconozca definitivamente la presión de invalidez o de sobrevivientes.

Artículo 2.2.4.4.6. Procedimiento para efectuar los reembolsos. La base para efectuar el reembolso será el valor pagado en caso de incapacidad temporal o permanente parcial.

Tratándose de pensiones, la base será el capital necesario entendido como el valor actual esperado de la pensión de referencia de invalidez o de sobrevivientes, según el caso, que se genere en favor del afiliado o su núcleo familiar desde la fecha del fallecimiento, o del momento en que el dictamen de invalidez quede en firme, y hasta la extinción del derecho a la pensión.

El capital necesario se determinará según las bases técnicas y tablas de mortalidad contenidas en las Resoluciones 585 y 610 de 1994 de la Superintendencia Financiera o en las normas que las modifiquen o sustituyan.

En caso de cesación o disminución del grado de invalidez que implique la extinción o la disminución de la pensión, la entidad administradora de riesgos laborales restituirá a las demás entidades administradoras, la porción del capital necesario que les corresponda.

Los reembolsos a que se refiere este artículo se harán dentro del mes siguiente a aquel en que se soliciten, término dentro del cual podrán ser objetados por motivos serios y fundados...”

Por su parte, el artículo 4 de la Ley 1562 de 2012 define la enfermedad laboral, como *“la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar”*

Así pues, si bien es cierto que en caso de enfermedad laboral, la ARL que debe asumir el pago de las prestaciones económicas y asistenciales propias del Sistema General de Riesgos Laborales, es aquella a la cual se encuentra afiliado el trabajador, al momento de requerir la prestación, de las normas antes señaladas, se establece que dicha Administradora, tiene derecho a repetir contra aquellas a las que se encontraba afiliado el reclamante, con anterioridad al suministro de la prestación asistencial o a la solicitud de la prestación económica, en proporción al tiempo de exposición al riesgo que haya tenido mientras estuvo afiliado en otras ARL.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, el dictamen No. 208/09 del 09 de junio de 2006, elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, donde se determinó que desde septiembre de 1997 y durante los años 1999, 2003, 2004, 2005 y 2006, el señor Tomás Daniel Guerrero, requirió atención médica por psiquiatría, calificándole un trastorno depresivo mayor, de origen profesional, con una PCL de 55.40%, estructurada el 11 de diciembre de 2003; y, dictamen 13948 del 13 de marzo de 2007, donde la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, modificó la calificación de la Junta Regional, y determinó que el señor GUERRERO, presentaba una PCL de 54.60%, estructurada desde el 28 de febrero de 2004, pues, *“refiere alteración de comportamiento (agresividad), ideas de muerte, persistencia de síntomas mayores, sin mejoría parcial en 9-10 años de evolución”*(Archivo 03 PDF).

También se aportaron, certificación de afiliación del trabajador, a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., del 01 de diciembre de 2002 al 01 de abril de 2004 (fl. 104 PDF); certificado de afiliación de Tomás Daniel Guerrero a COLMENA SEGUROS, desde el 01 de abril de 2004 (fl. 65); certificaciones de COLMENA VIDA Y RIESGOS LABORALES, donde consta que el señor Tomás Daniel Guerrero, recibió pensión de invalidez, a partir del 1 de agosto de 2007, para lo cual se constituyó una reserva matemática por la suma de \$190.504.692, y que, su mesada pensional para el año 2017

ascendía a \$1.042.659 (fls.58-62 PDF); constancia expedida por Deloitte, revisoría fiscal de la Compañía de Seguros de Vida COLMENA S.A., respecto a los pagos realizados a la ARL COLMENA, correspondiente a las prestaciones asistenciales y económicas a favor de Tomás Daniel Guerrero, por \$113.712.033 del 01 de agosto de 2007 al 31 de mayo de 2017 (fls. 55-57).

Así las cosas, dado que el señor Tomás Daniel Guerrero, estuvo afiliado entre el 01 de diciembre de 2002 al 01 de abril de 2004 a AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., con una exposición al riesgo desde septiembre de 1997, como se advirtió en la calificación emitida por la Junta Regional de Bolívar y que la estructuración de su enfermedad profesional se determinó por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, desde el 28 de febrero de 2004, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al ordenar el reembolso proporcional de la reserva matemática constituida por la demandante, y sólo por el tiempo en que el trabajador, estuvo afiliada a ella, no de forma total como lo pretende la parte actora.

Ahora, tampoco resulta procedente acceder al reembolso de los valores correspondientes a las mesadas canceladas entre el 1 de agosto de 2007 y el 31 de mayo de 2017, pues, como advirtió la a-quo, tales valores provienen de la misma reserva matemática establecida para cubrir la pensión de invalidez, y mal puede exigírsele a la demandada, un doble pago por el mismo concepto.

Frente a los intereses moratorios, aunque la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A., refirió en el hecho 18 de la demanda (fl. 9 PDF), que sostuvo acercamientos y conversaciones con AXA COLPATRIA, para obtener el pago de las obligaciones a su cargo, lo cierto es que, no obra en el plenario prueba alguna de la cual se pueda establecer que la actora, cumplió con lo establecido en el inciso final del artículo 2.2.4.4.6. del Decreto 1072 de 2015, compilatorio del artículo 5 del Decreto 1771 de 1994, esto es, haber solicitado a la demandada, el reembolso pretendido con esta acción, dentro del mes siguiente a la fecha en que reconoció la pensión de invalidez, por lo tanto, no se puede imputar a AXA COLPATRIA, demora en el pago de los valores aquí recobrados.

En relación con la inconformidad de la demandada AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A. según la cual se vulneró su debido proceso dentro del trámite de calificación del señor Tomás Daniel Guerrero, ya que no fue convocado al mismo, ni notificado de los dictámenes emitidos por las Juntas Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, basta señalar que conforme al parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 776 de 2002, el trabajador en mención, inició su trámite de calificación de invalidez ante la ARL demandante, por ser ésta a la cual se encontraba afiliado, al momento de requerir la prestación pensional, sin que para ello tuviera que concurrir la demandada, como litisconsorte necesario, pues, como se señala en las normas citadas, las Aseguradoras, tiene la posibilidad de repetir contra las demás a las que

hubiese pertenecido el reclamante e inclusive, contra el empleador deudor de las cotizaciones a riesgos laborales; por lo tanto, no se advierte vulneración alguna al debido proceso de AXA COLPATRIA, al momento de calificar el estado de invalidez del señor Tomás Daniel Guerrero, ni menos aún que por dicha situación COLMENA SEGUROS S.A., no esté legitimada para realizar el recobro de las prestaciones asumidas por la enfermedad laboral del mencionado trabajador.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Consideró la Juez de Primera Instancia, que dada la destinación de la reserva matemática cuyo recobro solicitó la demandante, esto es, el pago de una pensión de invalidez, no operaba la prescripción; a lo que se opuso la parte demandada en su recurso, advirtiendo que, en el presente caso, sí debe prosperar dicha excepción, pues, con esta acción, impetrada en el año 2017, se pretende el reembolso de una reserva actuarial efectuada en el año 2007.

Frente a este tema, sin desconocer que se trata de un conflicto correspondiente al Sistema General de Seguridad Social, considera la Sala, que, contrario a lo señalado por la Juez de Primer Grado, la presente acción si es susceptible de prescripción, comoquiera que, el recobro entre Entidades Administradoras de Riesgos Laborales no es propiamente un asunto relacionado con la irrenunciabilidad de los derechos pensionales, amparado por el artículo 48 de la Constitución Política; por lo tanto, conforme a lo señalado en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST, teniendo en cuenta el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, que determinó el origen de las patologías del trabajador Tomás Daniel Guerrero y sirvió para establecer el tiempo de exposición al riesgo, se expidió el 13 de marzo de 2007 (fl. 63 PDF); y, no hay prueba de la reclamación presentada por la COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.- COLMENA SEGUROS S.A. ante AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A., por los dineros aquí recobrados, atendiendo que la presente demanda se radicó el 06 de octubre de 2017 (fl. 66 PDF); resulta claro para la Sala, que operó el fenómeno de la prescripción, razón por la cual, habrá de revocarse la sentencia apelada y declarar probado este medio exceptivo, propuesto por la demandada.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por las partes.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, por haberle sido desfavorable la alzada, no así respecto de la demandada, al haber prosperado parcialmente los argumentos de su apelación. Se revocan las costas de Primera Instancia, que serán a cargo de la parte demandante.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por la **COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.- COLMENA SEGUROS S.A.** en contra de **AXA COLPATRIA SEGUROS DE VIDA S.A.**, para en su lugar, **DECLARAR PROBADA** la excepción de prescripción, propuesta por la demandada, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

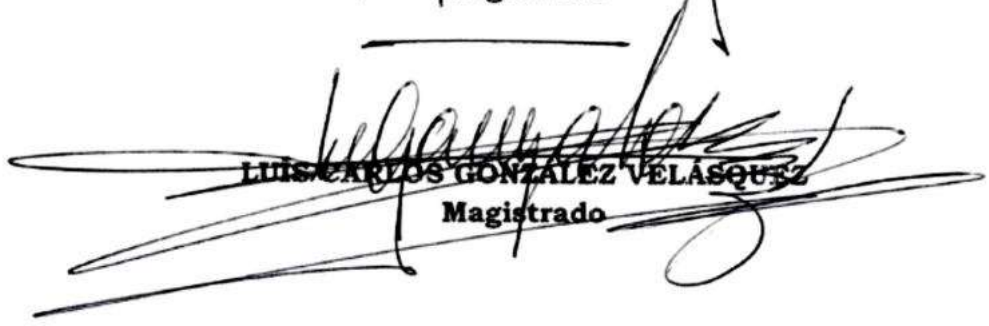
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandante COMPAÑÍA DE SEGUROS DE VIDA COLMENA S.A.- COLMENA SEGUROS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, en favor de la demandada. Se revocan las costas de Primera Instancia, que serán a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105030201900620-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 23 de noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA CECILIA MARROQUÍN GARZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES- a la doctora María Juliana Mejía Giraldo y como apoderado sustituto a Winderson José Moncada Ramírez, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 222 a 229.

ANTECEDENTES

MARTHA CECILIA MARROQUÍN GARZÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL hoy

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a, a registrar en sus sistemas de información que no se efectuó una vinculación válida a dichas Administradoras, por la debida información suministrada al momento de su afiliación; que, se condene a COLPENSIONES, a registrar, activar su afiliación y actualizar su historia laboral con las cotizaciones efectuadas al RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 20 de marzo de 1958; que, laboró para el empleador CARULLA Y CIA., desde el 13 de febrero de 1978 y desde entonces se afilió al Instituto de Seguros Sociales, donde cotizó hasta mayo del 2000, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente, a partir de junio de 2008, se cambió de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; que, nuevamente de abril de 2012 a octubre de 2013, regresó a la AFP PORVENIR S.A., y a partir de noviembre de 2013, continuó cotizando en SKANDIA, sin que, ni al momento de su traslado inicial.

Advirtió que, ni durante los distintos cambios de AFP, se le hubiese informado las implicaciones del traslado de régimen pensional, menos aún se le explicó la naturaleza propia de los regímenes de capitalización, las desventajas de afiliarse al RAIS; no se le realizó un comparativo entre uno y otro régimen pensional, nunca se le sugirió la posibilidad que tenía de retornar al RPM, no se le realizó una simulación o proyección del valor de su mesada pensional tanto en el RAIS como en el RPM; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado, pero obtuvo una respuesta negativa al respecto (fls. 64-88).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de SKANDIA no participó ni intervino en el momento de la selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica (fls. 107-118).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 166-175).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls.177-200).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de noviembre de 2000, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró nulo e ineficaz el traslado de la demandante al RAIS, con efectividad al partir del 1 de junio de 2000; declaró válidamente vinculada a MARTHA CECILIA MARROQUÍN GARZÓN al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración, durante el tiempo que permaneció en dicho régimen y que viene siendo administrados desde el 1 de junio de 2008 al 31 de marzo de 2012 y del 01 de noviembre de 2013 hasta el momento en que se cumpla con su traslado al RPM, debiendo cubrir con sus propio patrimonio los costos de administración debidamente indexados; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES los costos por concepto de administración, durante el tipo que permaneció en esa AFP, esto es, desde el 1 de junio de 200 al 31 de mayo de 2008 y del 1 de abril de 2012 al 31 de octubre de 2013, debiendo cubrir dichos valores con sus propios recursos, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPM, declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, la norma de manera expresa prevé que, para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, deben estar demostrados los elementos que impiden o atentan contra la afiliación, es

decir, actuar con dolo para impedir o atentar contra la libertad de afiliación o contra ese traslado, lo que supone la intención de causar daño; que, en este caso, no alegó ni demostró el dolo por parte de esa AFP, por el contrario, lo que se exhibió en realidad es que la demandante, firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, cambiándose de administradora dentro del RAIS, y regresando nuevamente a PORVENIR; que, la actora, evadió varias respuestas en el interrogatorio de parte, diciendo que no recibió información, sin dar mayor respuesta; que, no fue la AFP PORVENIR S.A., quien persuadió a que se trasladara de régimen pensional, sino que ella confesó que se trató de una imposición de su empleador, y se escapa de la órbita de la ineficacia y el traslado; que, el hecho de que la actora, no recuerde la información brindada por el asesor de la AFP, en el año 2012, no significa que la misma no le haya sido brindada; que, la actora, suscribió los formularios de afiliación de manera libre y voluntaria, ni realizó ninguna gestión para retornar al RPM, aunque el ISS nunca desapareció; que, la información que se brindó a la demandante, fue de manera verbal, pues, para esa época no existía otra obligación al respecto; que, el formulario de afiliación, no es un simple formato, sino que cumple con las exigencias de la Ley 100 de 1993; que, durante el tiempo en que la actora, estuvo afiliada a esa Administración, permitió que se le descontaran los aportes con destino al RAIS, lo que es una ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen; que, respecto a la condena por gastos de administración, se debe recordar que la Superintendencia Financiera de Colombia, determinó que solo procede la devolución de los aportes y sus rendimientos, como lo estipula la Ley 100 de 1993, en donde no se habla de gastos de administración, porque éstos no corresponde a valores que pertenezcan al afiliado en ningún régimen pensional, ya que, no financian la prestación de vejez, ni hacen parte de ella, son la garantía de la gestión realizada por la AFP; solicita revisar la condena en costas, por considerarla excesiva, dada la naturaleza y duración del proceso.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., indicó que, no es posible retornar a COLPENSIONES, los gastos de administración con patrimonio propio de la AFP, pues, por disposición legal, tal concepto se deduce de la cotización para financiar la prima invalidez y sobrevivencia, además del pago al FOGAFIN, de lo cual la actora, fue beneficiaria mientras estuvo afiliada al RAIS, por lo que, no existe sustento legal para exigir el traslado de los gastos de administración, ni prima de administración, dado que los mismos se destinaron a sufragar lo necesario para la administración de los recursos que la demandante, tenía en su cuenta de ahorro individual; que, tales conceptos no fueron reclamados en la demanda y, si bien, el Juez, cuenta con las facultades ultra y extra petita, considera que se quebranta el debido proceso, el derecho de defensa y contradicción; que, debe exonerarse del pago de las agencias, pues esa AFP no intervino en el traslado inicial de la demandante, por lo que, ha actuado de buena fe, sin temeridad procesal, con el pleno acatamiento de la ley.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos: La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., argumentó que, su apelación era parcial, en relación con los gastos de administración, que debía devolver, pues, se trata de valores que no son descontados caprichosamente por la Administradora, sino que son autorizados por la ley, para que, tanto en Fondo privado, como en el común, estos sean cobrados; que, los mismos ya se encuentran causados, comoquiera que, se hicieron efectivos durante los periodos que la actora estuvo afiliada; además, equivalen a la gestión adelantada por la Administradora, en aras de obtener unos rendimientos en favor de la demandante.

Por su parte, COLPENSIONES, advierte que, para la época del traslado de régimen pensional de la demandante, el único requisito necesario era la manifestación de la voluntad del afiliado de manera libre y espontánea, a través de la firma del formulario, sin que fuera necesaria una doble asesoría por parte de las AFP, por lo que, el estudio del caso debe hacerse a la luz de la normatividad vigente para el momento del traslado sin exigirle a las administradoras privadas de pensiones pruebas los soportes de la información brindada a la demandante, al momento de su traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si procede la orden de devolución de gastos administración; y, iv) si se debe condenar o no a la AFP PORVENIR

S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, al pago de costas y agencias en derecho.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, que 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 el presente caso, al plenario se allegaron, historia laboral consolidada de OLD MUTUAL (fls.16-19, 37-40, 127-130); solicitud de nulidad de traslado de régimen presentadas por la actora ante la AFP PORVENIR S.A. y OLD

MUTUAL (fls. 20-29); formularios de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA, diligenciados el 24 de abril de 2008 y 18 de septiembre de 2013 (fls. 35-36 y 125-126); simulación pensional elaborada por OLD MUTUAL (fl. 41); liquidación historia laboral válida para bono pensional (fls. 42-44 y 138-139); reclamación administrativa y su respuesta negativa por parte de COLPENSIONES (fls. 45-53); estado de cuenta individual de la demandante en OLD MUTUAL (fls. 131-137); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 176); consulta SIAF (fl. 201) y formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., del 24 de febrero de 2012 (fl. 202).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la representante legal de la AFP PORVENIR S.A., quien informó que la demandante, solicitó el cambio de régimen pensional, en el año 2000, luego cambió de Administradora y retornó a esa Administradora en el año 2012; que, la asesoría brindada por los representantes de esa AFP, es sobre el funcionamiento del Sistema General de Pensiones, sobre los beneficios y desventajas de trasladarse al RAIS, y particularmente acerca del funcionamiento de PORVENIR; que, el único soporte de la información es el formulario de afiliación, ya que la información se le dio de manera verbal; que, los asesores, deben al inicio superar una capacitación y formación en temas pensionales.

También, la representante legal de OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS, indicó que, para la fecha en que la demandante se cambió a esa Administradora, las normas no exigían constancia en escrita de la información brindada; que, en ningún momento el Legislador, ha fijado como requisito la hoja de vida del asesor, para que una afiliación al RAIS, sea válida; que, a la actora, se le brindó una asesoría eficaz para los años 2008 y 2013, cuando se cambió a esa Administradora.

Por su parte, la demandante, señaló que, su cambio de régimen pensional en el año 2000, fue una imposición de su empleador, llegaron asesores de la AFP PORVENIR, hablando del cierre del Seguro Social y afirmando que lo mejor para ellos era afiliarse a la Administradora privada, además, su jefe inmediato le manifestó que de no trasladarse podría ser despedida; que, a las preguntas formuladas, el asesor siempre respondió que lo mejor era afiliarse a la AFP PORVENIR S.A., porque allí tendrían una pensión vitalicia; que, no le explicaron que tenía la posibilidad de retornar al RPM, tampoco le hablaron de la posibilidad de heredar sus aportes; que, en el año 2012, retornó, porque *“uno siempre regresa a donde cree que le va mejor, entre comillas”*; que, firmó el formulario de afiliación a SKANDIA, de manera voluntaria, pero sin recibir ningún tipo de asesoría completa, con un estudio de su caso o proyección; que, fue a la Administradora privada a solicitar información sobre cuál sería su mesada pensional y recibió la información de que no recibiría ni siquiera el salario mínimo legal mensual.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARTHA CECILIA MARROQUÍN GARZÓN, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocrinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR 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 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 actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 18 de abril de 2000, con fecha de efectividad 01 de junio 2000, 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; sin que su posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón les asistes en su reproche a esas demandadas, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, las apoderadas recurrentes deberán manifestar las inconformidades que tengan al respecto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 noviembre de 2020, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA CECILIA MARROQUÍN GARZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

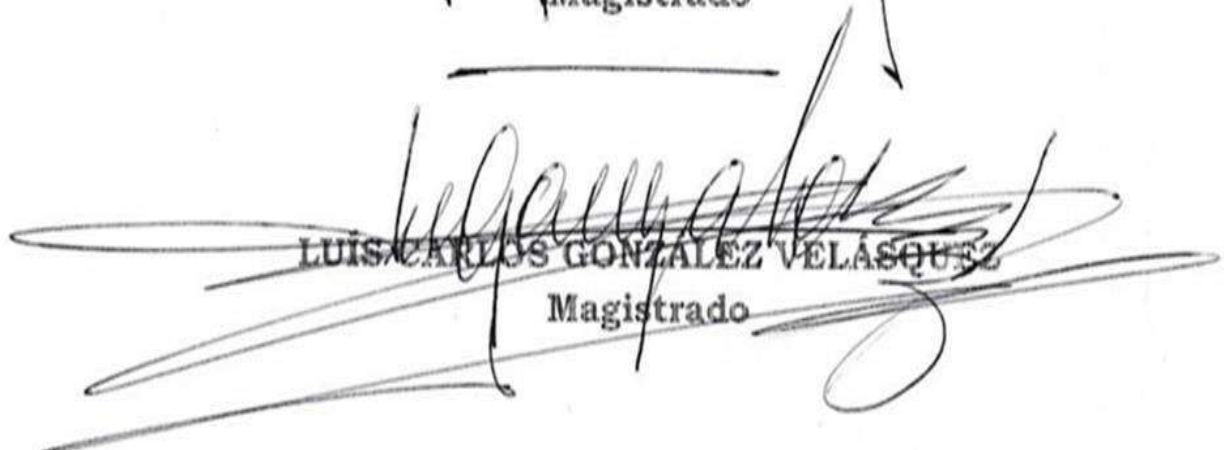
Los Magistrados,



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. 110013105019201900627-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Skandia S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 17 de septiembre de 2021 por el Juzgado Primero (1) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **TYRONE JOSÉ WEEBER JARAMILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, no sin antes RECONOCER PERSONERÍA adjetiva a la Dra. María Claudia Tobito Montero, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.786.735 y tarjeta profesional 300.432 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Tyrone José Weeber Jaramillo pretende que se declare la nulidad de la afiliación en pensiones efectuada a Protección S.A., al no haberse dado de manera libre y voluntaria; que se ordene a Old Mutual S.A. hoy Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones todos sus aportes junto con sus rendimientos, ordenando a esta última a activar su afiliación al RPMPD; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 14 de octubre de 1964, encontrándose afiliado al ISS desde el mes de febrero de 1989, y efectuando posterior traslado a Protección S.A. el 5 de agosto de 1994, sin que se le hubiese brindado información adecuada y completa acerca del RAIS, sobre sus características, condiciones, y diferencias con el RPMPD.

Refiere que para el 23 de diciembre de 2003 se trasladó a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., sin que se le hubiese brindado información completa sobre el RAIS.

Que pese a elevar solicitud ante Colpensiones para retornar al RPMPD, la misma fue atendida de manera desfavorable.

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, Colpensiones y Protección S.A. en su mayoría manifestaron no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad del actor, las afiliaciones realizadas y las peticiones presentadas a cada una de ellas; Skandia S.A. en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, excepto los relacionados con la afiliación a dicha AFP, y el derecho de petición que les fuere presentado.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica.

SKANDIA S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares si quiera parecidos al contexto de las sentencia invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó 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, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de

terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, y el traslado de la totalidad de los aportes a Skandia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado que realizó el señor Tyrone José Weeber Jaramillo del RPMPD al RAIS a través de Protección S.A, y por ende, el efectuado horizontalmente a Skandia S.A.; declarar válidamente vinculado al demandante al RPMPD administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiese trasladado; condenar a Skandia S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del accionante, tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; declarar no probadas las excepciones propuestas por la pasiva; y costas a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Skandia S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Skandia S.A. interpusieron recurso de apelación, con base en los siguientes argumentos.

SKANDIA S.A. solicita sea revocada la sentencia de primera instancia, en lo concerniente a los gastos de administración, teniendo en cuenta que los mismos tienen una fuente legal de conformidad con la Ley 100 de 1993, aunado a que, si bien los jueces tienen las facultades ultra y extra petita, dentro de la demanda no se hizo mención respecto a los mismos.

Asimismo, hace alusión a que la a quo realiza mención a sentencias de la Corte Suprema de Justicia bajo unos supuestos que no son similares al presente caso, y a los conceptos emitidos por la Superintendencia Financiera de Colombia, en los cuales se establece que al declararse la ineficacia proceden los saldos de ahorro individual que incluya lo correspondiente a los rendimientos generados como la consecuencia de la administración de los recursos efectuados, sin que se comparta la decisión del despacho, en cuanto a que los efectos de la ineficacia es volver las cosas a su estado anterior, ya que de lo contrario, en efecto no existirían los rendimientos.

Por último, refiere que, si bien es cierto que existe una línea jurisprudencial que detalla la imprescriptibilidad de la relación afiliado/asegurador, así como los derechos en seguridad social, lo cierto es que no puede dejarse de

lado que los efectos de los gastos de administración tengan la misma suerte, por existir dos tipos de relaciones contractuales simultaneas, pero diferentes.

COLPENSIONES aduce que en el presente proceso el accionante realiza traslados horizontales entre fondos privados, presuponiendo cierto conocimiento a las personas respecto del funcionamiento del régimen, y su intención de continuar con el mismo; igualmente, que en el momento en que el demandante solicitó el retorno, ya estaba inmerso en la prohibición para vincularse al RPMPD, sin que adicionalmente, se hubiese probado la existencia de un vicio en el consentimiento, el cual consta válidamente en el formulario de afiliación, lo cual era lo único que se exigía para la época.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** remitió alegatos de conclusión, manifestando que el a quo tomó la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la las AFP no demostró la asesoría al demandante, sin embargo, que se desconoció la jurisprudencia que se ha proferido frente a tal situación a través de sentencias de la Corte Constitucional.

Igualmente, indican que se evidencia negligencia por parte del demandante, en razón a que solo hasta el año 2019 acudió ante las instalaciones de Colpensiones para consultar su situación pensional, aunado a que en el interrogatorio confesó que nunca consultó sobre su situación pensional.

Asimismo, la parte **demandante** allegó alegatos de conclusión, indicando que es procedente declarar la ineficacia de la afiliación el RAIS, como quiera que no se demostró que se le hubiese suministrado a la actora información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría.

Protección S.A. y Skandia S.A. guardaron silencio.

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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de

régimen, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si Skandia S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, y **vi)** si procede la declaratoria de prescripción en el presente proceso. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 168 obra solicitud de vinculación y traslado de Protección S.A. a la AFP Colmena diligenciado el 9 de junio de 1995; y a folio 59, el suscrito con Skandia S.A., diligenciado el 23 de diciembre de 2003, prueba que en principio es concreta en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte del demandante, quien manifestó que inicialmente estuvo aportando al ISS; que posteriormente, y mientras laboraba en la empresa Neck de Colombia, se estuvo dando una mala imagen al ISS, por lo que el Estado creó los fondos privados, y así darle flexibilidad a los usuarios, recibiendo unas charlas a través de la empresa por parte de las AFP, en las cuales hacían énfasis en que tenían muchos beneficios, rentabilidades, control de su cuenta, y es en una de esas charlas, se afilió a Protección S.A., sin que hubiese recibido información alguna por parte del ISS; que eligió Protección S.A. por los rendimientos que ofrecía, y pensó que por ello su pensión sería mayor; que le indicaron que los requisitos para pensionarse

en ambos regímenes eran los mismos; que conoce que sus herederos podrían obtener el dinero del fondo como parte de una herencia; que no le indicaron que tendría derecho a la devolución de aportes en caso de no cumplir los requisitos para pensionarse; que le manifestaron que los dineros del ISS se garantizarían mediante un bono pensional, y que ese dinero no se perdía, trámite del que se encargaba la AFP; que su motivación para trasladarse a Colpensiones, se da por la situación entorno al bono pensional, ya que por mas de diez años, no ha tenido conocimiento de lo que sucede con el bono, habiéndosele indicado que estaba en trámite, sin embargo, posteriormente Skandia le indicó que su historia laboral no es válida para dicho bono, adicional a que en Colpensiones la mesada es mas alta; que no recuerda que edad tenía al momento de trasladarse a Old Mutual; que leyó lo básico del formulario de afiliación; que no le indicaron que es el régimen de transición; que no le informaron sobre el derecho de retracto; que no conoce el término de indemnización sustitutiva; que no se acercó a Colpensiones a solicitar información sobre su futuro pensional

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección 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 Tyrone José Weeber Jaramillo 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 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 Protección S.A. el 5 de agosto 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 RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de Protección S.A., Colmena y Skandia S.A., sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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.”

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, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 17 de septiembre de 2021, por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **TYRONE JOSÉ WEEBER JARAMILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y SKANDIA S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y SKANDIA S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201800639-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANTONIO JOSÉ BOTERO CUERVO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES- a la doctora María Camila Bedoya García y sustituir el poder conferido a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 306 vto al 308 vto.

ANTECEDENTES

JOSÉ ANTONIO BOTERO CUERVO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PROTECCION S.A. para que, se declare que COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIS S.A., no lo asesoró de manera idónea y adecuada al momento de efectuar su traslado al RAIS, el 9 de diciembre de 1996, razón por la que, esa afiliación y la realizada con posterioridad a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., es nula; y, en consecuencia, se ordene a COLPENSIONES aceptar su traslado al RPM, administrado por esa Entidad; que se conceda lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 1 de marzo de 1958; que, inició su vida laboral desde el 11 de febrero de 1976, cotizando al Instituto de Seguros Sociales, hasta el 9 de diciembre de 1996, cuando se trasladó al RAIS, suscribiendo formulario de afiliación a COLPATRIA S.A., sin que se le informara en aquella oportunidad, las diferencias financieras y actuariales en la liquidación de la cuantía de la mesada pensional, en uno y otro régimen; que, posteriormente, se cambió a la Administradora OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., donde tampoco obtuvo mayor información, simplemente, ambas Administradoras, se limitaron a ofrecerle un rendimiento mayor, una mesada más alta, una pensión de vejez anticipada, pero sin que esa asesoría estuviera soportada de un estudio previo, ni comparativo, para tomar tan importante decisión, manifestándole incluso que el ISS se acabaría y perdería los aportes efectuados.

Refiere que, OLD MUTUAL, lo no informó la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de cumplir los 52 años de edad; que, el 18 de enero de 2018, le solicitó a esa Administradora, un cálculo actuarial para determinar el valor de su mesada pensional, recibiendo respuesta el 7 de febrero del mismo año, concluyendo que, la cuantía recibida en el RAIS, no guarda relación con su mínimo vital, por lo que, resulta más favorable la pensión de vejez que podría obtener en COLPENSIONES; que, solicitó su traslado al RPM, y obtuvo una respuesta negativa al respecto (fls.42-79 y 84-87).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora

de un traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica (fls. 127-148).

COLPENSIONES, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe, la innominada o genérica (fls. 157-172).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 208-235 y 246-247).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de marzo de 2021, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, que tuvo lugar el 09 de diciembre de 1996, debido a la omisión en el deber de información por parte de COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., lo que conlleva a declarar que tampoco se efectuó el traslado horizontal a SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; condenando a esta última administradora a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los montos de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, entre otros, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES, a recepcionar la totalidad de esos recursos y activar la afiliación del actor, en el RPM, declarando que es el único régimen, al que en forma vitalicia se ha encontrado afiliado el demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada, y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a esa conclusión, el Juez de Primera Instancia, consideró que, si bien el demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó conocer algunas generalidades del RAIS, tal circunstancia no resulta suficiente para demostrar, que al momento de su traslado se le ilustró sobre todas las características del RAIS, qué condiciones existían para adquirir el derecho a la pensión, los efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales; aspectos que no fueron demostrados por las demandadas, ni confesados por el actor, quien al momento de su traslado, tenía una expectativa legítima muy clara, pues, había cotizado para esa fecha 750 semanas y se encontraba próximo a completar el número mínimo de semanas para acceder al derecho pensional; no encontrándose probado que al actor se le hayan explicado las condiciones para acceder al derecho pensional en el

RAIS, frente al RPM, que sí tiene unas reglas claras en cuanto a edad y número de semanas cotizadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL OLD MUTUAL y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, argumentó que, no le asiste razón al Juez de Primera Instancia, declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, alegando una falta al deber de información, pues, esa Administradora, no estaba obligada a brindar la misma y soportarla en documentos y sí lo hizo atendiendo siempre los lineamientos establecidos en la Ley 100 de 1993; que, el demandante, al absolver interrogatorio de parte, manifestó conocer bastantes cosas del RAIS, y que sí recibió la información que esa Administradora, estaba obligada a suministrar para esa época; que, el mismo actor, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, pues, realizó cambio horizontales dentro del mismo régimen, realizó diversas solicitudes ante OLD MUTUAL y su forma de actuar en dicho régimen no deja duda tenía voluntad de permanecer en el RAIS; que, el no cumplimiento de una mera expectativa pensional, no es suficiente declarar la ineficacia de un acto jurídico.

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, interpuso recurso contra las numerales segundo y cuarto de la sentencia apelada, teniendo en cuenta que la afiliación efectuada por el actor, con SKANDIA, se hizo de buena fe, pues, ya se encontraba afiliado con otra Administradora del RAIS, por lo que, el actor, si tenía conocimiento de las características propias de ese régimen, realizando aportes voluntarios, considerando que mejoraría su mesada pensional; además que, esa AFP, ha cumplido con su función de administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, generando los correspondientes rendimientos, gracias a las cuotas o gastos de administración, autorizados por la Ley 100 de 1993; que ordenar el pago de los rendimientos y el reembolso a COLPENSIONES, de los gastos de administración, es una doble condena, por un mismo concepto; finalmente señalada que, también se opone a la condena en costas y agencias en derecho, pues, no fue esa Administradora, la responsable del traslado inicial de régimen del demandante, además, quedó demostrado que cumplió a cabalidad su función de administración.

COLPENSIONES, pide por su parte, tener en cuenta los precedentes jurisprudenciales, relacionados con la devolución de todos los valores aportados por el afiliado a su cuenta de ahorro individual; además, que no

puede ser condenada en costas, ni agencias, pues, sólo se encuentra vinculada al proceso, por se la administradora del RPM.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita que la decisión del A quo sea confirmada en su totalidad, ya que ninguno de los fondos privados aportó pruebas del cumplimiento de su deber de información, además de no presentar ningún documento o testimonio, no controvirtieron probatoriamente las afirmaciones y negaciones indefinidas en la demanda por eso afirma que deben ser probadas como ciertas.

Por otra parte, OLD MUTUAL requirió que se revoque el fallo en su integridad y también que se le absuelva de todas las pretensiones pues asevera que cumplió a cabalidad con el deber de información que le era exigido a la fecha de afiliación porque siempre actuó de buena fe en relación al traslado que este se realizó de manera libre, voluntaria y consiente habiéndose recibido la información de manera verbal y personalizada por consiguiente no existen documentos que logren probar de manera suficiente la amplia asesoría.

Entre tanto, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria y su absolución como quiera que cumplió con el Deber de información que le era exigido para la fecha en que se realizó el traslado, pues se debe recordar que la afiliación con PORVENIR S.A. se produjo con posterioridad, cuando el traslado ya se había materializado en otro fondo.

Finalmente, COLPENSIONES insta en que se le absuelva puesto que el causante se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003 artículo 2, igualmente no existe prueba de que el traslado adoleció de algún vicio del consentimiento.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuesto por las demandadas AFP PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP

PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; iv) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa; y, v) si procede la condena en costas y agencias en derecho impuesta a las demandadas.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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, 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, 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, que le corresponde a las Administradoras Privadas de pensiones, en atención al deber de información profesional, pues deben 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 el presente caso, al plenario se allegó, formulario de aviso entrega trabajador al Instituto de Seguros Sociales, con fecha 27 de febrero de 1976 (fl. 5); formulario solicitud de afiliación y traslado a la AFP COLPATRIA, con fecha de elaboración 9 de diciembre de 1996 (fl. 6 y 248); afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Skandia, suscrito el 5 de agosto de 1999 (fl. 7 y 117); solicitud de proyección mesada pensional, radicada por el demandante, en OLD MUTUAL y su correspondiente respuesta (fls. 8-29 y 118-125); reclamación administrativa y la respuesta negativa enviada por COLPENSIONES (fls. 30-33); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 156); solicitud de vinculación a Horizonte Pensiones y Cesantías diligenciada el 18 de octubre de 2000 (fl. 236); respuestas dadas por la AFP PORVENIR S.A., a la solicitud relacionada con asesoría pensional, presentada por el actor (fls. 239-243); certificado SIAF (fl. 249); certificación afiliación y traslado fondos., expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 250).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio el demandante, quien indicó que, comenzó a trabajar en una Compañía de Lácteos en el año 1992 y tuvieron alguna relación con COLPATRIA, desde el punto de vista bancario, por lo que tenía mucha credibilidad y, en 1996, por alguna visita de los asesores de COLPATRIA, sobre el tema de pensiones, decidió cambiarse, porque desde que comenzó a trabajar, se afilió al ISS y tuvo unas malas impresiones del mismo; que, la visita fue individual, el asesor le dijo que la pensión podría ser igual a la del Seguro Social, que si hacia aportes voluntarios, la misma sería mucho más alta; que lo que iba depositando, se convertía en un monto de dinero, que generaría rendimientos; que, se trasladó a OLD MUTUAL en 1999, porque COLPATRIA, se extinguió y esa Administradora le generó mucha confianza; que, ha efectuado aportes voluntarios, por una suma mayor a \$600.000.000, porque le ofrecieron que de hacerlo obtendría una pensión más alta; que, actualmente se encuentra desempleado e interesado por obtener el derecho pensional, indagó al respecto, enterándose que la mesada pensional en COLPENSIONES, sería el doble de lo que le ofrecen en el RAIS; que, intentó retornar al RPM, pero no tenía conocimiento de la prohibición de trasladarse faltándole 10 años o menos para pensionarse.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada en demostrar dentro del proceso que la información que la AFP COLPATRIA S.A., 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 ANTONIO JOSÉ BOTERO CUERVO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR 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 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 el actor a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 09 de diciembre de 1996, 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; sin que los

posteriores cambios de Administradora, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS y SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*.

En relación con la inconformidad de la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en cuanto a la orden de restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante, sino también los gastos de administración y las sumas correspondientes al seguro previsional, basta indicar que ninguna razón les 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).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se

releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto.

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 18 de marzo de 2021, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANTONIO JOSÉ BOTERO CUERVO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

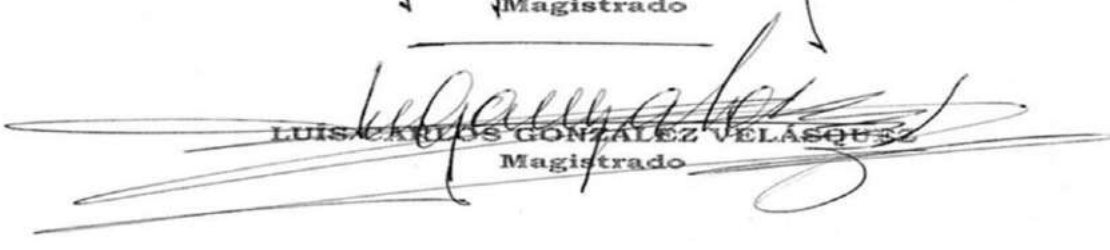
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

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 GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105016201400645-02

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social – sustitución pensional.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la demandante FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ y la tercera ad excludendum AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, en contra de la sentencia proferida el 12 de marzo de 2021, por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, **AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO**, **MILTÓN RAÚL Y CAROLINA PACHÓN PINZÓN** y los herederos indeterminados del causante **JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA**.

ANTECEDENTES

FANNY ROSSIO ARANGO FERNANDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de la AFP PORVENIR S.A., para que, en su condición de compañera permanente supérstite del señor JAIME RAUL PACHON ACOSTA, se declare que es la beneficiaria de la pensión de sobreviviente del causante, quien era pensionado de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS HORIZONTE, hoy AFP PORVENIR S.A; en consecuencia, que se condene a la demandada, al pago de la pensión de sobrevivientes a partir del 10 de agosto de 2012, junto con el retroactivo, mesadas adicionales e intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que, se condene a lo ultra y extra petita, los gastos, costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, afirmó que, convivió con JAIME RAUL PACHON ACOSTA, por aproximadamente 13 años; que, contrajeron matrimonio en la Notaria Única de Sabaneta – Antioquia, con una convivencia del 11 de agosto 2000 y hasta el 6 abril de 2009 cuando se divorciaron. Que, pese a lo anterior la

convivencia continuó en unión marital de hecho hasta el 10 de agosto 2012 cuando el señor JAIME RAUL PACHON ACOSTA falleció.

Indicó que, siempre compartieron techo, lecho y mesa, ella se ocupó de atenderlo durante su convalecencia pese a que también presentaba serios quebrantos de salud; que, luego del fallecimiento del señor JAIME RAUL PACHON ACOSTA, ella se presentó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy AFP PORVENIR S.A., a reclamar la pensión de sobreviviente y se la negaron por no acreditar la calidad de beneficiaria en los términos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es decir, no demostró convivencia con el fallecido durante los 5 años inmediatamente anteriores a su muerte; que, interpuso acción de tutela ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá, que le ordenó de manera provisional a la AFP PORVENIR S.A., el pago de la pensión de sobreviviente, por lo que recibió las mesadas correspondientes a los meses de mayo y junio de 2014, decisión impugnada y confirmada el 8 de julio de 2014 por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá.

Advirtió que, pese a la orden de tutela la AFP PORVENIR S.A sin justificación alguna a partir del mes de julio de 2014 cesó los pagos de la pensión de sobreviviente; que el 29 de julio de 2014, reclamó a la demandada, sin que la fecha de presentación de esta acción haya tenido respuesta alguna al respecto (fl. 38-48).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con escrito visible a folios 185 a 201, se opuso a todas las pretensiones de la demanda; de los hechos dijo no constarle la mayoría salvo los relacionados con la comunicación a través de la cual le negó la pensión a la actora y la orden de tutela dada por el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá y confirmada el 8 de julio del 2014 por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencias de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe de Porvenir S.A, innominada o genérica y prescripción (fl. 185-201).

DEMANDA INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM HIJOS DEL CAUSANTE

Estando en curso el proceso se presentaron **MILTON RAUL Y CAROLINA PACHON PINZON**, alegando su calidad de hijos hereditarios del causante (fl. 81) por lo que mediante auto del 4 de mayo de 2015 se dispuso tenerlos como litisconsortes necesarios (fl. 87); presentando demanda en contra de AFP PORVENIR S.A. para que se realice la devolución de los aportes de JAIME RAUL PACHON ACOSTA a favor de ellos; que, se ordene la devolución de los dineros cancelados a Fanny por conceptos de mesadas pensionales de mayo y junio de 2014; y que, Fanny Rossio Arango Fernández, pague las costas del proceso y agencias en Derecho a su favor.

Como fundamento de sus pretensiones, afirmaron que el señor JAIME RAUL PACHON ACOSTA y la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNANDEZ, contrajeron

convivencia continuó en unión marital de hecho hasta el 10 de agosto 2012 cuando el señor JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA falleció.

Indicó que, siempre compartieron techo, lecho y mesa, ella se ocupó de atenderlo durante su convalecencia pese a que también presentaba serios quebrantos de salud; que, luego del fallecimiento del señor JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, ella se presentó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP PORVENIR S.A., a reclamar la pensión de sobreviviente y se la negaron por no acreditar la calidad de beneficiaria en los términos del literal a) del artículo 74 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, es decir, no demostró convivencia con el fallecido durante los 5 años inmediatamente anteriores a su muerte; que, interpuso acción de tutela ante el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá, que le ordenó de manera provisional a la AFP PORVENIR S.A., el pago de la pensión de sobreviviente, por lo que recibió las mesadas correspondientes a los meses de mayo y junio de 2014, decisión impugnada y confirmada el 8 de julio de 2014 por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá.

Advirtió que, pese a la orden de tutela la AFP PORVENIR S.A sin justificación alguna a partir del mes de julio de 2014 cesó los pagos de la pensión de sobreviviente; que el 29 de julio de 2014, reclamó a la demandada, sin que la fecha de presentación de esta acción haya tenido respuesta alguna al respecto (fl. 38-48).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, con escrito visible a folios 185 a 201, se opuso a todas las pretensiones de la demanda; de los hechos dijo no constarle la mayoría salvo los relacionados con la comunicación a través de la cual le negó la pensión a la actora y la orden de tutela dada por el Juzgado 20 Civil Municipal de Bogotá y confirmada el 8 de julio del 2014 por el Juzgado 16 Civil del Circuito de Bogotá. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencias de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe de Porvenir S.A, innominada o genérica y prescripción (fl. 185-201).

DEMANDA INTERVINIENTES AD EXCLUDENDUM HIJOS DEL CAUSANTE

Estando en curso el proceso se presentaron **MILTON RAÚL Y CAROLINA PACHÓN PINZÓN**, alegando su calidad de hijos hereditarios del causante (fl. 81) por lo que mediante auto del 4 de mayo de 2015 se dispuso tenerlos como litisconsortes necesarios (fl. 87); presentando demanda en contra de AFP PORVENIR S.A. para que se realice la devolución de los aportes de JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA a favor de ellos; que, se ordene la devolución de los dineros cancelados a Fanny por conceptos de mesadas pensionales de mayo y junio de 2014; y que, Fanny Rossio Arango Fernández, pague las costas del proceso y agencias en Derecho a su favor.

Como fundamento de sus pretensiones, afirmaron que el señor JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA y la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, contrajeron matrimonio civil el día 11 de agosto de 2000 y hasta el 6 abril de 2009 cuando se divorciaron; que, antes del divorcio interrumpieron la convivencia y él cambio su domicilio en tres oportunidades; que, el causante, inicio una convivencia con la señora AMPARO CARDOZO de OSORIO en la ciudad de Ibagué, posteriormente se fueron a vivir a la ciudad de Bogotá, la afilió a CAFÉSALUD EPS, como su beneficiaria, en calidad de compañera permanente (fls. 103-107 y 238-239).

Notificada en legal forma **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, también dio contestación a la demandada de los intervinientes hijos del causante, con escrito visible a folios 228 a 235, se opuso a todas las pretensiones de la demanda; a los hechos dijo no constarle. Propuso las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de Porvenir S.A, innominada o genérica y prescripción. (fl. 269-278).

La señora **FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ**, por su parte, se opuso a las pretensiones de los intervinientes; respecto a los hechos dijo no ser ciertos o no constarle, salvo lo relacionado con el matrimonio de ella y el causante, así como su divorcio. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y la innominado o genérica (fls.281-291).

Mediante sentencia del 25 de mayo de 2017, el Juzgado Dieciséis Laboral del circuito de Bogotá, absolvió a la AFP PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Fanny Arango Fernández, declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandada, propuesta por la AFP PORVENIR S.A., y negó las pretensiones de la demanda de excludendum propuesta por CAROLINA y MILTON PACHÓN PINZÓN (fls. 327-329).

El 23 de febrero de 2018, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la audiencia del 24 de octubre de 2016, ordenando al Juzgado de Primer Grado, vincular al proceso a la señora AMPARO CARDOZO DE OSORIO y a los herederos indeterminados del causante JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, dejando a salvo las pruebas decretadas y practicadas en el curso del proceso (fls. 345-346).

Por auto del 06 de abril de 2018, en obediencia a lo resuelto por el Superior (fl. 352), el a-quo, designó curador ad litem para que representara a los herederos indeterminados del causante y dispuso la vinculación al proceso de la señora **AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO**, quien contestó oportunamente la demanda; se opuso a todas y cada una de las pretensiones, negó los hechos de la misma y propuso las excepciones de inexistencia de unión marital de hecho entre el señor Jaime Pachón y la señora Fanny Arango entre el año de 1999 y el 10 de agosto de 2012, la inexistencia de compañeros permanentes o esposos entre el señor Jaime Pachón y Fanny Arango, del divorcio del señor Jaime Pachón y Fanny

Arango y falta de voluntad de las partes en convivir dentro de los ultimo 5 años. (fls. 413-418 y 420-425).

La curadora ad litem de los **HEREDEROS INDETERMINADOS** de JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, contestó igualmente la demanda, no se opuso a las pretensiones de la demanda, ateniéndose a lo que resulte probado; dijo no constarle ninguno de los hechos de la misma, tampoco propuso excepciones (fls. 452-453).

DEMANDA INTERVINIENTE AD EXCLUDENDUM

En audiencia del 19 de noviembre de 2019, el Juez de Primer Grado, ordenó la acumulación de demandas, con el proceso ordinario laboral que AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, adelantaba en el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, en contra de la AFP PORVENIR S.A. y FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ (fls. 542-544).

Así pues, la señora **AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO** presentó demanda en contra de AFP PORVENIR y la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, para que, se declare que ella y el señor JAIME PACHÓN, fueron compañeros permanentes entre el 25 de noviembre de 2005 y el 10 de agosto de 2012; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a pagarle la pensión de sobreviviente, junto con los intereses moratorios; y que, se condene a pagar las costas del proceso a la señora Fanny Rossio Arango Fernández y a la AFP PORVENIR S.A.

Como fundamento de sus pretensiones, afirmó que, el señor JAIME PACHÓN y la señora FANNY ARANGO, se divorciaron en común acuerdo el 6 de abril de 2009; que, ella fue compañera ininterrumpida, compartiendo techo y mesa, desde el 25 de noviembre de 2005 hasta el 10 de agosto de 2012; que, presentó a la AFP PORVENIR S.A., varias solicitudes para obtener el reconocimiento del derecho pensional por el fallecimiento del señor PACHÓN ACOSTA, pero obtuvo respuesta desfavorable al respecto (fls. 2-11 C.2).

Oportunamente **MILTON RAÚL** y **CAROLINA PACHÓN PINZÓN** (fls. 547-548); la **AFP PORVENIR S.A.** (fls. 551-561) y **FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ** (fls. 580-591), dieron contestación a la demanda acumulada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de marzo de 2021, el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada AFP PORVENIR S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas tanto por la demandante FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ en el proceso principal, como por la señora AMPARO CARDOZO DE OSORIO quien funge como demandante, en el proceso acumulado; negó las pretensiones incoadas en la demanda de intervención ad excludendum de MILTON RAÚL PACHÓN PINZÓN y CAROLINA PACHÓN PINZÓN, hijos del causante; declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, propuesta por la AFP PORVENIR S.A.; condenó en costas a FANNY

ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, AMPARO CARDOZO DE OSORIO, MILTON Y CAROLINA PACHÓN PINZÓN en favor de la AFP PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, las apoderadas de la demandante FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ y la tercera ad excludendum AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, interpusieron recurso de apelación en los siguientes términos:

FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, indicó que, debe tenerse en cuenta que por la avanzada edad y estado de salud de la actora, ya no recuerda muchas de las respuestas frente a las preguntas que le hicieron al absolver interrogatorio de parte; sin embargo, eso no es razón suficiente, para desconocer la convivencia que tuvo con el causante, probada también con los documentos obrantes en el proceso y las declaraciones de los testigos, que corroboran la convivencia de la pareja PACHÓN-ARANGO, como compañeros permanentes, entre 1999 y 2000, luego como cónyuges entre agosto de 2000 y septiembre de 2009, cambiando de residencias entre Bogotá y Cajicá – Cundinamarca y nuevamente como compañeros permanentes, luego de su divorcio, entre septiembre de 2009 y el 12 de agosto de 2012, fecha de fallecimiento del causante; estando más que acreditada la convivencia de la actora, con el señora Jaime Raúl Pachón Acosta, dentro de los 5 años anteriores a su deceso; citó pronunciamientos jurisprudenciales, insistiendo en el derecho que le asiste, mientras que, la señora Amparo Cardozo viuda de Osorio, no acreditó ser beneficiaria del causante, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003.

Por su parte, **AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO**, manifestó que, la unión marital de hecho entre ella y el señor Jaime Raúl Pachón Acosta, comenzó entre los años 2005 y 2006 y perduró hasta el 10 de agosto de 2012, fecha de fallecimiento de aquel, como se corrobora con la afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud, donde ella aparece registrada como su beneficiaria, sin que, puede considerarse que hubo una ruptura de dicho vínculo por el hecho de que el causante, por su grave estado de salud, haya decidido vivir con su hija Carolina Pachón Pinzón, durante los últimos años de su vida; solicita una valoración integral de las pruebas, en especial de las declaraciones extraproceso presentadas por esa parte, las que si bien no fueron ratificadas en el proceso, tienen plena validez y dan cuenta de la convivencia alegada, sin que le asiste derecho alguno a la señora Fanny Rossio Arango Fernández, comoquiera que, ella se divorció del fallecido y no convivió más con él, después de su separación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, la tercera ad excludendum AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, insistió en que se revoque la decisión de Primera Instancia, y se conceda a ella, la pensión de sobreviviente, por haber convivido con el causante,

desde el 25 de noviembre de 2005 y hasta su fallecimiento el 10 de agosto de 2012, como se demostró con las declaraciones extraproceso allegadas al plenario, que daban fe de la relación sentimental de la pareja, la dependencia económica y la vida en común, sin que, la demandante FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, probara una relación matrimonial o de hecho, después del divorcio celebrado entre ellos, en el año 2009. Por su parte, la AFP PORVENIR S.A., solicitó confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada al Derecho.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66 y 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por la demandante y la tercera ad excludendum Amparo Cardozo viuda de Osorio, la Sala, deberá establecer, si resultó acertada o no la decisión del Juez de Primer Grado, de absolver a la AFP PORVENIR S.A., del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes del causante Jaime Raúl Pachón Acosta, al no acreditarse la convivencia, ni dependencia económica de las reclamantes, en su condición de compañeras permanentes o si por el contrario, Fanny Rossio Arango Fernández o Amparo Cardozo Viuda de Osorio, sí cumplen con los requisitos legales para acceder al derecho pensional deprecado.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – SUSTITUCIÓN PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que, mediante comunicación del 16 de agosto de 2006, la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A., le concedió al señor JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, pensión de vejez, bajo la modalidad de retiro programado, a partir del mes de septiembre de 2006, en cuantía de \$852.612 (fls. 18-19 y 127-129); como tampoco el hecho de su fallecimiento el 10 de agosto de 2012, lo que de suyo implica que el derecho a sustituirlo en la pensión debe ser analizado de conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003 que modificó los artículos 46 y 74 de la Ley 100 de 1993, por ser la norma que se encontraba vigente a la fecha de fallecimiento del causante.

Así tenemos que el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, consagra:

“Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero

permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con éste (sic). La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.¹ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente...

Ordenamiento del que fácil es colegir que lo que en últimas se pretende es proteger a los miembros del grupo familiar del afiliado o pensionado que fallece, reconociendo las relaciones en las que se demuestre, la convivencia por un lapso no inferior a 5 años, entendida esta como “*comunidad de vida, forjada en el crisol del amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual, que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real efectiva y afectiva- durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado*”². Convivencia real y afectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la vida, apoyo espiritual y físico, y camino hacia un destino común, excluyéndose de tal modo los encuentros pasajeros, casuales o esporádicos, e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida.

Frente a los conflictos entre compañeras permanentes, señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 01 de octubre de 2014, con radicación 44948, que:

“... en primer lugar, la Sala debe recordar que desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, ante una convivencia simultánea de dos compañeras permanentes y teniendo en cuenta que había un vacío legislativo sobre la materia, por vía de jurisprudencia se consideraba que la solución más adecuada del conflicto era el

¹ El texto subrayado fue declarado exequible condicionalmente mediante sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el entendido de que además de la esposa o esposo, serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido

² CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605

reparto proporcional de la pensión de sobrevivientes, sin establecer preferencias entre las potenciales beneficiarias, atendiendo criterios de justicia y equidad. (Ver CSJ, 18 sep. 2012, rad. 48334, y CSJ SL402-2013, entre otras).

Muy a tono con lo anterior, en vigencia del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y de conformidad con la orientación reflejada en la sentencia de la Corte Constitucional C 1035 de 2008, existe la regla decisoria por virtud de la cual, ante una convivencia simultánea «...entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente...», la «...pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido...»

Dicha regla de decisión, por razones lógicas, debe extenderse a los casos en los que, como en el presente, se demuestre una convivencia simultánea entre dos compañeras permanentes con un mismo pensionado, de manera tal que no debe ser exclusiva o restrictivamente aplicable para conflictos entre cónyuges y compañero(a)s. Ello en razón de que, si no es posible erigir diferenciaciones en la asignación de la pensión, fundadas en la naturaleza del vínculo a partir del cual se conforma la familia – como entre el cónyuge y la compañera permanente –, con mayor razón es improcedente establecer esas desigualdades entre potenciales beneficiarios con un mismo vínculo formal, como el que se construye entre dos compañeras permanentes.

En ese sentido, esta Sala de la Corte ha sostenido de manera insistente que «...no siendo los lazos o vínculos mediante los cuales se constituye la familia factores diferenciadores de las relaciones que a su interior se establecen, y siendo por el contrario la igualdad de derechos y deberes los fundamentos de dichas relaciones (artículo 42 C.P.), emerge incontestable que frente a contingencias o riesgos que la pueden afectar no es dable hacer distinciones entre sus miembros más allá de las que son propias a quienes se encuentran individualmente más expuestas que los demás, ya sea por su edad o por alguna otra condición específica de vulnerabilidad, de donde cabe entender, como así lo asienta en esta oportunidad la Corte, que la pensión de sobrevivientes o, en su lugar, la sustitución pensional cuando fuere del caso, no puede tener por finalidad distinta más que la protección de ese núcleo familiar, cuando quiera que el trabajador o pensionado, que ha sido su sostén económico, fallece...» (Ver CSJ SL, 10 jul. 2012, rad. 49787).

Por otra parte, esa interpretación es la que mejor se amolda a la intención de la Constitución Política de proteger a la familia, independientemente de los vínculos a partir de las cuales se conforma, además de que, se reitera, resulta acorde con la jurisprudencia desarrollada por esta Sala de la Corte, a partir de la cual se reivindicaron los principios de equidad y de justicia para casos de conflictos entre compañeras permanentes, antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003.

Por último, esa lectura también es coincidente con recientes orientaciones de la Sala, en las que se ha tendido a resolver conflictos entre beneficiarios que han demostrado una convivencia efectiva con un pensionado durante más de 5 años, sin ser o no simultánea con otra, y en los que se han generado separaciones de hecho, pero con uniones conyugales vigentes. Frente a tales supuestos, se ha adoptado como solución última el reparto de la pensión, en proporción al tiempo convivido, sin miramientos respecto de la naturaleza del vínculo a partir del cual se da la convivencia. (Ver CSJ SL, 24 en. 2012, rad. 41637, CSJ SL, 5 jun. 2012, rad. 42631, CSJ SL, 20 jun. 2012, rad. 41821, CSL SL704-2013 y CSJ SL1510-2014, entre otras) ...»

Aclarado lo anterior, procede la Sala a verificar si el causante JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, convivió dentro de los 5 años anteriores a su muerte, esto es, entre el 10 de agosto de 2007 y el 10 de agosto de 2012, con la demandante FANNY ROSSIO

ARANGO FERNÁNDEZ o con la tercera ad excludendum AMPARO CARDOZO Viuda de OSORIO; si, durante dicha época convivió simultáneamente con ellas o por el contrario no lo hizo con ninguna.

Para corroborar lo anterior, al plenario se allegaron como pruebas el registro civil de matrimonio de FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ y JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, celebrado el 11 de agosto de 2000, en la Notaría Única de Sabaneta – Antioquia (fl.7); Escritura Pública de Divorcio No. 1460 del 06 de abril de 2009, otorgada por la demandante y el causante (fls. 60, 130, 146, 384, 470, 512); declaración extraproceso rendida por el señor PACHÓN ACOSTA, ante la Notaria Cincuenta y Tres del Círculo de Bogotá, de fecha 03 de abril de 2012, donde deja constancia que *“soy soltero y conviví bajo el mismo techo en unión libre durante un (1) año con la señora AMPARO CARDOZO DE OSORIO identificada con la C.C. (...), con quien no convivo desde hace 6 meses y se encuentra afiliada como mi beneficiaria en la E.P.S CAFÉ SALUD TERCERO: Que rindo esta declaración para fines extraprocesales. Con destino a CAFÉ SALUD con el fin de realizar la desvinculación y exclusión total de mi ex compañera como mi beneficiaria ya que en la actualidad no convivimos juntos y desconozco su paradero”* (fl 95); denuncia penal radicada por el fallecido contra Amparo Cardozo Viuda de Osorio, del 15 de marzo de 2012, por el presunto delito de hurto calificado, de donde se lee que, el 07 de marzo de 2012, el señor Jaime Raúl Pachón Acosta, tuvo una discusión con la señora Amparo Cardozo *“con la que convivo hace un año”*, y él decidió no quedarse ese día a dormir allí y cuando regresó al día siguiente encontró completamente vacío el apartamento (fl. 96); certificación de afiliación de la señora AMPARO CARDOZO a CAFESALUD EPS, como beneficiaria del causante, desde el 01 de marzo de 2009 y hasta el 03 de abril de 2012 (fl. 97); contrato individual de prestación de servicios exequiales adquirido por Jaime Raúl Pachón Acosta, el 18 de junio de 2010, donde se registró a la señora Amparo Cardozo como su cónyuge (fl. 99); comunicación del 15 de junio de 2010, dirigida por el causante a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS, informando su divorcio de la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, solicitando el retiro de la misma, como su beneficiaria de la pensión y seguro e igualmente pide la reliquidación de su mesada pensional, teniendo en cuenta esa nueva circunstancia (fl. 146).

También se aportaron, contratos de arrendamiento de vivienda urbana, de fecha 24 de febrero de 2010 y 9 de junio de 2011, donde figuran como arrendatarios JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA y AMPARO CARDOZO DE OSORIO (fls. 363-365); recibos de pago de arrendamiento del 29 de octubre y 18 de diciembre de 2011, de Jaime Raúl Pachón y Amparo Cardozo, a favor de Gilma de Mateus (fls. 404-405); certificación expedida por la Subdirección de Prestaciones Económicas de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca, donde se hace constar que *“se encontró registrado(a) al señor(a) JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA (Q.E.P.D) con cédula de ciudadanía (...), como sustituto(a) de el/la señora(a) AMPARO CARDOZO DE OSORIO”* (fl. 504); resolución 0661 del 02 de diciembre de 2002, por medio de la cual la Empresa de Licores de Cundinamarca, le reconoció al señor PACHÓN ACOSTA, pensión sanción (fls. 508-509); resolución 1789 del 30 de octubre de 2018, mediante la cual la Unidad Administrativa Especial de Pensiones de Cundinamarca, sustituye el 100% de la pensión de jubilación del

causante a AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, al concluir que *“sí existió convivencia por más de seis (6) años y dependencia económica de la señora AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO con respecto a su compañero permanente JAIME RAUL PACHÓN ACOSTA, para vivir dignamente hasta el fallecimiento del causante”* (fls. 513-519); certificación expedida por María del Pilar Gualteros León, del 17 de julio de 2020, donde indica que, les arrendó a los esposos PACHÓN – ARANGO, un inmueble ubicado en el municipio de Cajicá – Cundinamarca, desde diciembre de 2006 a mayo de 2008 (fl. 584); contrato de arrendamiento inmueble ubicado en la ciudad de Bogotá, suscrito por Jaime Raúl Pachón Acosta y Fanny Rossio Arango Fernández, del 31 de mayo de 2008 (fls. 584-586); Certificación expedida por la representante legal del Edificio Panorama -Bogotá, donde informó que *“FANNY ROSSIO ARANGO (...) y su esposo Sr. JAIME RAÚL PACHÓN (sic) ACOSTA (...) llegaron a formar parte de los residentes de esta Copropiedad en febrero del año 2010 en Torre 1 Apto 602, según registros de Copropietarios y luego del fallecimiento del Sr. Jaime Raúl Pachón Acosta, quedó hasta la fecha como Residente la Sra. Fanny Rossio Arango”* (fl. 589 reverso).

Asimismo, a folio 494 milita declaración extraproceso rendida ante la Notaria 55 del Círculo de Bogotá, por el señor JAIME RÁUL PACHON ACOSTA y AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, de fecha 21 de enero de 2009, donde declararon que *“CONVIVIMOS EN UNIÓN MARITAL DE HECHO DESDE HACE 2 AÑOS Y MEDIO. HAGO CONSTAR QUE YO DEPENDO ECONÓMICAMENTE DE MI COMPAÑERO (...) MI COMPAÑERA DEPENDE ECONÓMICAMENTE DE MI Y NO ESTOY AFILIADA A NINGUNA OTRA ENTIDAD DE SALUD O E.P.S”*; en igual sentido, el causante y la tercera ad excludendum, rindieron declaración extraproceso No. 4025, ante la Notaria Primera de Ibagué, el 10 de octubre de 2009, señalando que *“desde hace 3 años convivimos en el mismo techo con la señora AMPARO CARDOZO DE OSORIO (...) Declaro que mi compañera permanente depende económicamente y en todo sentido de mí; ya que la señora se dedica a las labores del hogar y no recibe ningún tipo de ingreso por concepto de salario o renta”* (fls.380 y 497).

Al absolver interrogatorio la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, manifestó que, Jaime Raúl Pachón Acosta, fue en el año 1998 su amigo, en el año 1999, su compañero, luego fue su esposo desde el año 2000 por 9 años, se divorciaron, volvieron y se enfermaron ambos, casi que, al mismo tiempo, luego él falleció; que, el causante, trabajaba con unas empresas petroleras y se ausentaba de la casa por 3 o 4 meses; que, cuando el señor Pachón se enfermó muy grave, ella no pudo cuidarlo, entonces llamaron a su hija Carolina, ella envió a la hija, le consiguió una habitación en el barrio El Arco, porque él no quería irse para la casa de los hijos, pero luego si tuvo que llamar a los hijos para que lo llevaran a la Clínica; que, después del divorcio, siguieron juntos, él la visitaba constantemente y se quedaba en su apartamento, le decía que iba a llegar a unos ingenieros que venían de lejos y tenía que transportarlos a las petroleras, entonces ella le prestaba su carro para que hiciera los viajes; que, después del divorcio la relación con el causante, fue muy bonita, pero no hacían vida marital, porque ella tuvo una cirugía de columna y su estado de salud no era muy bueno, él la visitaba en la Clínica y ella también lo visitó 3 o 4 veces, cuando fue hospitalizado, la hija del señor Jaime

Carolina Pachón, la recibía; que, desconocía la existencia de la señora Amparo Cardozo.

AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, dijo haber convivido con el señor Jaime Raúl Pachón Acosta, desde el 25 de noviembre de 2005; que, sólo reclamó la pensión de sobrevivientes ante la AFP PORVENIR S.A., 5 años después del fallecimiento del señor PACHÓN ACOSTA, por problemas de salud, estuvo en un tratamiento por problemas de esquizofrenia, más de 2 o 3 años, con medicamentos muy fuertes que le impiden recordar fechas exactas de esa época; además, que, ella ya tenía otra pensión y no creyó que podía reclamar la pensión de Jaime Raúl, hasta que un día se encontró con una señora, pensionada de la Policía, y le dijo que también podía reclamar otra pensión y fue cuando le dieron la tarjeta de su actual abogado; que, desconoce por qué el fallecido, hizo una declaración en el año 2012, insinuando que sólo había vivido con ella 1 año y no tenía razón de su paradero desde hacía 6 meses, porque ellos siempre estuvieron juntos, ella era su beneficiaria en la EPS, están en el proceso los contratos de arrendamiento de los viviendas que tomaban juntos y en cuanto al presunto robo del que dicen ella fue responsable, asegura que, simplemente se llevó el trasteo después que él murió; que, el fallecido la retiró del servicio de salud en marzo de 2012, porque ella tiene el mismo servicio en la Policía, que es mucho mejor que el de CAFESALUD y es allí donde le llevan sus tratamientos desde hace años; que, vivió con el causante, en Ibagué y Bogotá; que, no recuerda cuánto tiempo estuvo hospitalizado el señor Jaime Raúl, pero cuando los hijos se iban del hospital, una enfermera le colaboró en 2 oportunidades, ingresó al Hospital y lo pudo visitar.

CAROLINA PACHÓN PINZÓN, hija del causante Jaime Raúl Pachón Acosta, indicó que, su padre y la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, se casaron en el año 2000, en Medellín; que, después del divorcio del causante y la señora FANNY ROSSIO, ellos no sostuvieron ninguna relación sentimental; que, JAIME RAUL PACHÓN ACOSTA y AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, convivieron entre el 2008 y 2010, en varios lugares, entre ellos Cajicá y la última vez, fue en la 147 donde ella no duró mucho tiempo, porque fue cuando desocupó el apartamento, y ella tuvo que ir con su papá a la Fiscalía a poner la denuncia, porque no pudieron entrar al apartamento, tuvieron que llamar al dueño del apartamento para abrirlo; que, después de ese incidente, el señor PACHÓN ACOSTA, se fue a vivir con ella a su casa; que, para el año 2006, el causante vivía con FANNY ROSSIO, en una casa cerca a Corferias y los visitaba cada 15 días; que, su papá siempre la visitaba cada 8 días en su casa; que, el señor Jaime Raúl, vivió en Bogotá y un corto tiempo en Cajicá; que, entre los años 2009 y 2012, Jaime Raúl Pachón Acosta, vivió con ella 6 meses, luego vivió 1 año con otra señora y regresó a su casa; que, ese año en que estuvo solo vivió en la 147 con 7ª; que, para la fecha del fallecimiento del señor PACHÓN ACOSTA, llevaba 6 meses viviendo con ella, en su casa; que, el fallecido convivió con Amparo Cardozo, pero fue un año o menos y para la época de su deceso ya llevaba aproximadamente 2 años viviendo solo; que, cuando el causante, se enfermó de una especie de gripa, vivía solo, entonces ella le dijo que se fuera para su casa, porque allí siempre había alguien que lo podía cuidar, pasaron 4 o 5 meses, cuando se puso muy mal y lo hospitalizaron, tuvo una leve mejoría y le dieron de alta, entonces él decidió alquilar un apartamento en la Calle 108, donde su otro

hijo, Milton Raúl, lo cuidaba, pero allí sólo estuvo 15 días, porque nuevamente se puso muy mal, lo llevaron a la Clínica Piñeres Corpas en la Calle 104, donde permaneció hasta su fallecimiento; que, en la Clínica, sólo ella y su hermano lo cuidaron, y que, la señora Fanny Rossio Arango, sólo fue una vez a visitarlo, cuando él ya estaba en piso, le dijo que no podía regresar porque estaba muy enferma y la iban a operar; que, los gastos exequiales se pagaron con un seguro que el señor PACHÓN ACOSTA tenía, y algunos costos adicionales fueron cancelados por ella y su hermano Milton Raúl Pachón.

MILTON RAÚL PACHÓN PINZÓN, también hijo de Jaime Raúl Pachón Acosta, señaló que su padre, tuvo una relación de pareja con Fanny Rossio Arango Fernández, se casaron en el año 2000, se separaron de cuerpos en el 2008 y legalizaron su divorcio, mediante Escritura, en el 2009; que, después del divorcio su padre mantuvo una buena relación de amistad con la señora Arango Fernández, se llamaban, se visitaban, se hacían favores; que, con relación a la señora AMPARO CARDOZO, el señor Jaime Raúl, le contó que se habían conocido haciendo alguna diligencia de la pensión, en la Gobernación de Cundinamarca, y esa relación duró de mediados de 2010 a comienzos del 2011, luego se veían de manera intermitente, ella le pedía favores y le decía que si la dejaba quedarse en la casa donde él vivía en la calle 147, él la dejó quedar en varias oportunidades, hasta que un día le desocupó el apartamento, se llevó todos los electrodomésticos, la ropa y los documentos del señor PACHÓN ACOSTA; que, vivió fuera de Bogotá en Cajicá, con la señora Fanny Arango, él los visitaba e incluso llegó a quedarse en alguna oportunidad allá; que, se veía con mucha frecuencia con su padre e incluso cuando él vivía con la señora FANNY ROSSIO, como estaban cerca a Corferias y él estudiaba en la Universidad Nacional, pasaba por la casa de ellos, almorzaban, tomaban café, se veían muy seguido; dijo que el señor Jaime vivió con Amparo Cardozo aproximadamente 2 años, pero era una relación donde había mucho conflicto; que, durante su último año de vida, el señor PACHÓN ACOSTA vivió sólo y durante su época de enfermedad sólo él y su hermana lo cuidaron .

También declararon en el proceso AMPARO ESCOBAR LONDOÑO, informó que conoce a la demandante FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ y al señor Jaime a quien de cariño le decía Jimmy; que, ellos vivieron en el año 1999, luego se casaron en el año 2000, en Medellín, se divorciaron en el año 2019, pero, a pesar de esa separación ella los continuó viendo juntos, porque los visitaba y mantenía contacto con algunos hijos de Fanny, donde le hablaban de Jaime, y que, en una oportunidad, para la primera cirugía de columna de la actora, ella le habló acerca de Jaime, que también estaba hospitalizado; que, la testigo estuvo fuera del país en el año 2011 y cuando regresó a Colombia, en septiembre de 2012, se enteró del fallecimiento del señor PACHÓN ACOSTA.

CLARA VIRGINIA MORENO SANTANA, dijo ser la nuera de Fanny Rossio Arango Fernández y conocerla desde hace 31 años; que, ella era viuda y luego convivió con Jaime Pachón por 1 año, después se casaron en el año 2000, en la ciudad de Medellín y estuvo con él hasta su fallecimiento; que, para el año 2009 o 2010, ellos tuvieron un distanciamiento, luego la actora, se enfermó y el causante estuvo con ella hasta que él también se enfermó, entonces Fanny, ya no pudo estar con él

porque estuvo hospitalizada y bastante delicada de salud, sin embargo, Jaime Raúl, seguía viviendo en la casa y la persona que les colaboraba, lo seguía asistiendo; que, el causante, trabajaba y se ausentaba, diciéndole a la demandante, que debía viajar al llano o a Ibagué y eso hizo que la relación fuera un poco tirante, pero, estaban juntos; que, el día que operaron a la señora Fanny de la columna, fue el mismo día del fallecimiento de señor PACHÓN ACOSTA; que, desconoce si durante los últimos 6 meses de vida del causante, él vivió en otro lugar, quizá pudo ser con su hija Carolina, sin embargo, él permanecía en la casa de Fanny Arango, en ciudad Salitre, donde se habían ido a vivir luego de haber sufrido en robo, en la otra casa donde vivían; que, sabe que estaban juntos, porque cuando ella se enfermó, él siempre los llamaba para pedirles los medicamentos o cosas que la señora ARANGO FERNÁNDEZ, necesitaba.

ADALGIS MARÍA VARGAS PADILLA, dijo ser cuidadora de FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ y JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, desde el 19 de febrero de 2010; que, ambos convivían en el mismo apartamento, en ciudad Salitre; que, el señor Jaime, trabajaba transportando personal de las petroleras a los Llanos Orientales y se ausentaba de la casa, por 2, 3 semanas o 15 días, pero que siempre estuvieron juntos hasta el año 2012, cuando ambos presentaron serios problemas de salud, entonces, ella ya no podía atenderlos a los dos y el causante, se fue a vivir con sus hijos; que, llamó a uno de ellos de nombre Milton, pero no pudo recogerlo, entonces la señora Fanny llamó a la hija Carolina y enviaron a la nieta para que se lo llevara, porque él tenía problemas respiratorios y se ahogaba mucho; que, su sueldo de cuidadora se lo cancelaban entre los dos, Fanny y Jaime, al igual que los gastos de la casa, eran sufragados por los dos.

LIZA MARÍA FRANCO GONZÁLEZ, quien dijo ser nuera del causante, ex esposa de Milton Raúl Pachón Pinzón, dijo conocer al señor PACHÓN ACOSTA, en el año 2010, pero telefónicamente, y que sólo lo vino a conocer en persona en el año 2012, cuando se enfermó y estuvo viviendo en la casa de su cuñada Carolina, luego estuvo hospitalizado y ella iba a reemplazar en la tarde noche a Milton Pachón, al hospital y cuidada a su suegro, mientras su esposo cenada algo; que, el señor Milton le comentó que, su padre había estado casado con Fanny Rossio Arango Fernández, y que, luego se divorció de ella y estuvo con otra señora, cuyo nombre no recuerda; que, el fallecido estuvo hospitalizado en el mes de julio de 2012, tuvo una leve mejoría, le dieron salida y lo llevaron a una habitación donde vivía por la Avenida Suba, en la ciudad de Bogotá, pero nuevamente su estado de salud empeoró estuvo en la casa de Carolina Pachón, y de ahí regresó a la Clínica Piñeres, donde, ingresó a la UCI y falleció.

RANDHY TOMPSON PERDOMO, indicó que, es amigo de la familia PACHÓN, desde la infancia, conoció al señor JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA por más de 25 años; dijo no conocer a la demandante FANNY ARANGO, pero sí que, su amigo Milton Pachón, le había hablado de ella, que era esposa del papá; que, en el mes de julio de 2012, el testigo se encontraba trabajando, cuando recibió una llamada de Milton, pidiéndole que fuera a recoger a don Jaime Raúl, a la calle 165 con 4ª, que era donde ellos vivían, porque el señor se encontraba muy enfermo, él fue lo recogió y lo llevaron a la Clínica Saludcoop de la Calle 104; que, durante los 2 meses que el

señor PACHÓN ACOSTA estuvo hospitalizado, sólo estuvo acompañado de sus hijos.

LUIS ENRIQUE OVALLE, dijo conocer a JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA y AMPARO CARDOZO, porque les arrendó un apartamento en el Edificio Torreón del Parque, en la ciudad de Ibagué, en junio de 2009, don Jaime firmó como arrendatario principal y doña Amparo como coarrendataria; que, ellos estuvieron viviendo allí de junio de 2009 a febrero de 2010, porque les pareció muy costoso; que, ellos vivieron allí juntos, Jaime, Amparo y una hija de la señora, el testigo los veía constantemente porque iba al apartamento a recoger el dinero del arrendamiento, también los veía en el parque del Barrio, en la Iglesia, en la panadería; dijo que, después de que le entregaron el apartamento, no los volvió a ver.

OSCAR MANUEL CASTELLANOS GARCÍA, ratificando la declaración extraproceso allegada al plenario (fl. 379), refirió que, se desempeñaba como comerciante en la ciudad de Ibagué, conoció a Amparo Cardozo, desde hace más de 20 años y por intermedio de ella también conoció a Jaime Raúl Pachón Acosta, a quien le presentó como su esposo; que, el testigo tenía un negocio en la plaza de mercado La 28, y ellos iban allá a comprar cosas, refiere que la época en que comenzó a verlos juntos fue entre 2006 y 2008 y hasta 2010 o 2011; que, la pareja PACHÓN -CARDOZO, vivieron en Ibagué, en un apartamento en el Edificio Torreón del Parque, cerca de una Iglesia; dijo el testigo que en dos ocasiones fue a almorzar a la casa de ellos y siempre estaban juntos, su relación era amorosa, salían juntos de la mano; que, tuvo contacto con el señor PACHÓN ACOSTA hasta el año 2011 y por teléfono mantiene contacto con Amparo Cardozo, quien le comentó que don Jaime había muerto en Bogotá, en el año 2012; que, el causante, era el encargado de pagar las cosas del hogar.

Los anteriores elementos de juicio denotan de manera clara, suficiente y evidente que, se presentó una convivencia simultanea entre las dos compañeras permanentes y el señor JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, dada la temporalidad de las relaciones alegadas por cada una de ellas; sin embargo, debe advertir la Sala, que, si bien, respecto a la señora AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, obra en el plenario las declaraciones extraprocesales ya mencionadas, rendidas por el causante en el año 2009, donde aceptaba su convivencia con ella por más de 3 años atrás, estas pruebas documentales, fueron empleadas para la afiliación de la señora CARDOZO, como beneficiaria en salud y pensión del causante, tal documental, no cuentan con el respaldo suficiente de los demás elementos probatorios allegados al proceso, para extraer la convivencia de AMPARO CARDOZO, durante un lapso de tiempo igual o superior a los 5 años anteriores al fallecimiento del señor PACHÓN ACOSTA; es así como, las declaraciones de los señores LUIS ENRIQUE OVALLE y OSCAR MANUEL CASTELLANOS GARCÍA, no son coincidentes, contundentes ni precisas en cuanto a los extremos temporales de convivencia de esa pareja, pues, el primero, dejó de verlos luego de que éstos le entregaran el apartamento en la ciudad de Ibagué en el mes de febrero de 2010 y el otro declarante, no indicó con exactitud las fechas en que los compañeros permanentes vivieron en la ciudad de Ibagué, limitándose a señalar que, ellos habían viajado a la ciudad de Bogotá y la

información que él tenía del señor Jaime Pachón era por los comentarios que telefónicamente Amparo Cardozo le hacía sobre él.

Causa también extrañeza a la Sala, que, dentro de la resolución 1789 del 30 de octubre de 2018, para sustituir la pensión de jubilación del causante, la Unidad Administrativa Especial del Departamento de Cundinamarca, mencionó haber adelantado una investigación administrativa, con el objeto de corroborar la convivencia de la señora CARDOZO VIUDA DE OSORIO con el señor PACHÓN ACOSTA, sin embargo, no se mencionó ni se hizo alusión al matrimonio que éste sostuvo con la señora Fanny Arango; tampoco se indagó a los hijos del fallecido, ni se verificó más allá de las pruebas presentadas por la misma reclamante, por ejemplo, respecto a la denuncia penal, que el señor JAIME RAÚL había presentado en contra de ésta en el mes de abril de 2012. Por lo que, sin desconocer que efectivamente existió una convivencia entre JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA y AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, está sólo ocurrió entre el 01 de marzo de 2009, como se corrobora con la afiliación a CAFESALUD EPS (fls. 97, 367, 495) y el 07 de marzo de 2012, cuando el causante le informó la Fiscalía General de la Nación, que, tuvo una discusión con la señora Cardozo Viuda de Osorio y a partir de entonces no volvió a saber nada de ella (fl. 96).

Así las cosas, AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, no cumple con el requisito de la convivencia mínima con el causante, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, resultando acertada la decisión del Juez de Primer Grado, al negar el derecho pensional deprecado por ella.

Ahora, en cuanto a la convivencia de la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ y JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA, con posterioridad a su divorcio, protocolizado mediante Escritura Pública 1460 del 06 de abril de 2009, se tiene que, según indicó la demandante, al absolver interrogatorio de parte y así lo corroboró la testigo CLARA VIRGINIA MORENO SANTANA, la pareja se distanció por aproximadamente 5 meses, luego del divorcio, pero luego solucionaron sus diferencias y continuaron conviviendo porque él era muy especial y cuidó de ella, a tal punto que para el 19 de febrero de 2010, cuando fue contratada la cuidadora ADALGIS MARÍA VARGAS PADILLA, los señores PACHÓN – ARANGO, vivía juntos en un apartamento en Ciudad Salitre en Bogotá, y ella se encargada de atenderlos a ambos, labor que se extendió hasta junio del año 2012, cuando juntos enfermaron y el señor JAIME RAÚL, decidió vivir con su hija Carolina Pachón Pinzón, para que ADALGIS cuidara de FANNY ARANGO; circunstancia igualmente confirmada por la testigo MORENO SANTANA, quien dijo que, el señor PACHÓN ACOSTA, siempre era quien la llamaba, para pedirle los medicamentos y las cosas que necesitaba la señora Arango Fernández, cuando se enfermó.

Sabido es que la extinción del vínculo conyugal por causa del divorcio con el causante conlleva la pérdida del beneficio para acceder a la pensión de sobrevivientes, por lo que, la señora FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ, también estaba en la obligación de demostrar la convivencia con el causante, como compañera permanente, dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a su fallecimiento, de lo cual sólo se pudo establecer que la pareja PACHÓN – ARANGO,

estuvo junta entre el 19 de febrero de 2010 y el mes de junio de 2012, tiempo durante el cual la señora ADALGIS MARÍA VARGAS PADILLA, cuidó de ellos; no resultando tampoco suficiente para cumplir con el requisito establecido en el artículo 74 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, ni para dar aplicación a la sumatoria de los tiempos convividos durante el matrimonio y la unión marital de hecho, como se prevé por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias del 16 de octubre de 2019, con radicación 68121 y del 7 de mayo de 2014 radicación 44537, ya que, ante la existencia de una convivencia simultánea con otra compañera permanente, no se logra evidenciar aquella voluntad de la demandante y el causante, en mantener en el tiempo la pareja y familia, para abordar juntos las vicisitudes de la vida, como lo persigue la norma que establece el derecho a la pensión deprecada; y es que, aun cuando la cuidadora, asegura sin dubitación alguna que los señores PACHÓN – ARANGO, siempre estuvieron juntos, lo cierto es que, el señor Jaime Raúl, se ausentaba por largos periodos alegando viajes de trabajo y pese a la solidaridad que en especial él profesaba a la actora, por su delicado estado de salud, de ello no se logra advertir, una relación de pareja sólida, que con posterioridad a su divorcio, se presentara ante la comunidad, como una familia formada por vínculos afectivos, permanentes y duraderos, sino una relación de amistad, posiblemente reflejo de los años compartidos, pero que en momento alguno trascendió nuevamente a un vínculo conyugal.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia a cargo de las recurrentes, atendiendo el resultado desfavorable de los recursos. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

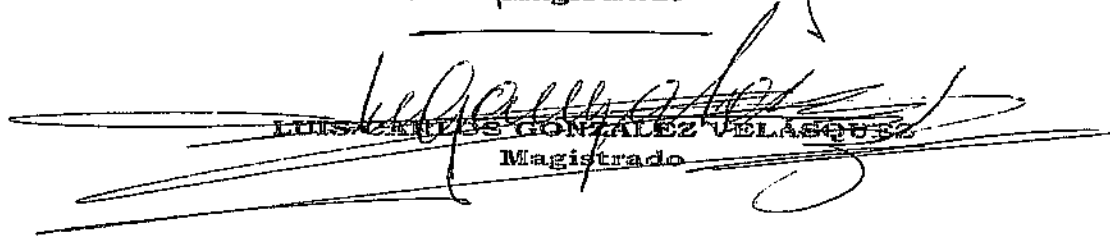
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 12 de marzo de 2021 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso Ordinario Laboral promovido por **FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO, MILTON RAÚL Y CAROLINA PACHÓN PINZÓN** y los herederos indeterminados del causante **JAIME RAÚL PACHÓN ACOSTA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes **FANNY ROSSIO ARANGO FERNÁNDEZ** y **AMPARO CARDOZO VIUDA DE OSORIO**. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a cargo de cada una y en favor de la **AFP PORVENIR S.A.** Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILNER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CRUZES GONZÁLEZ 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. 110013105034201900655-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 SKANDIA S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CLAUDIA MARINA PADILLA ECHEVERRY** 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 al para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIAN VELA y como apoderada sustituta a la doctora LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR en los términos y para los efectos de los poderes obrante de folios 178 a 182.

ANTECEDENTES

CLAUDIA MARINA PADILLA ECHEVERRY pretende que se declare la nulidad del traslado suscrito el 27 de julio de 2000 del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y que se tenga como única

afiliación válida la realizada al RPMPD; y como consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de las cotizaciones y rendimientos en la cuenta de ahorro individual, se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y a recibir los aportes pensionales realizados; pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, narró, en síntesis, que nació el 13 de septiembre de 1963; se afilió al ISS desde el 29 de marzo de 1990 hasta el 31 de agosto de 2000; los asesores comerciales se presentaron en su lugar de trabajo con el propósito de efectuar vinculaciones a la AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A quienes le informaron que el ISS se iba acabar, que la mesada pensional que recibiría en el fondo sería más alta, que la AFP tenía el mejor ranking desde el punto de vista de portafolio, que había rentabilidad y que el dinero de la pensión se perdía en el ISS en caso de fallecimiento, pero no le manifestaron cuál era el capital que necesitaba para gozar de una pensión de mayor cuantía a la que recibiría en el RPMPD, ni le ilustraron los términos y condiciones en que podía adquirir el derecho a la pensión como tampoco recibió una proyección pensional; se trasladó el 27 de julio de 2000 del RPMP al RAIS administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; se trasladó el 22 de abril de 2002 a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A porque la rentabilidad era mejor; no retornó al RPMPD porque un asesor de OLD MUTUAL S.A le dijo que no le convenía porque había cotizado muy poco al ISS y porque solo manejaba pensiones de personas que devengarán un salario mínimo; ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante COLPENSIONES y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A siendo negadas; y recibió una proyección pensional comparativa entre los dos regímenes en donde se evidencia que en el RAIS su pensión es menor a comparación de la que recibiría en el RPMPD sintiéndose engañada ya que no recibió la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado. (fls 77-86)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, en término, las demandadas 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 su afiliación a cada una de ellas, sobre la asesoría brindada por los fondos privados, las solicitudes elevadas ante las demandadas con su respectiva respuesta y la proyección expedida por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS: se tiene por no contestada (fl 142)

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones que denominó como SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso en el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fls. 106-114)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls 134).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2021 el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado realizado del RPMPD al RAIS; ordenó a la AFP SKANDIA S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP SKANDIA S.A y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas incluidas las agencias en derecho a COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A la suma de \$1.000.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación con base en los siguientes argumentos:

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, en cuanto al ordinal segundo de la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que conforme a lo dispuesto en el art 20 de la ley 100 de 1993, la tasa de cotización es del 13,5% del IBC en el RAIS, debiéndose el 10% de la base de cotización destinar a las

cuenta de ahorro individual donde un 0,5% del IBC se destina al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS y el 3% restante se destina a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafin, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes en concordancia con el art 7 del decreto 3995/2008, de ahí que dichos descuentos estén permitidos por la ley y por tanto no haya lugar a su devolución al no ingresar a las arcas de este fondo.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que se revoque totalmente la sentencia proferida por el A quo, pues el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar en cada caso en concreto y dado que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado no es procedente la declaratoria de la nulidad, además que no probó la existencia de vicios de consentimiento ya que su traslado se hizo de forma, libre, voluntaria y sin presiones como lo ratificó en los diferentes formularios de afiliación, solicitando por todo ello que no se le condene en costas ya que actuó de buena fe.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, que no existe prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, y además que si no se le brindo la información adecuada esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional por tanto sustenta que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados. De otro lado, la parte actora encuentra que el fallo se ajusta a derecho en cuanto a que los fondos no aportaron las pruebas que demuestren el cumplimiento del deber de información al momento en que se suscribió el formulario.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para la declaratoria de la nulidad ser beneficiario de régimen

de transición y 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, **vi)** si el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **v)** si OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **vi)** si COLPENSIONES está obligada al pago de costas. 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 perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se

*respetar 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 folio 5 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A diligenciado el 27 de julio de 2000, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 140).

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 CLAUDIA MARINA PADILLA ECHEVERRY 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 COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS 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 PENSIONES Y CESANTÍAS S.A diligenciado el 27 de julio de 2000 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.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y OLD MUTUAL S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se*

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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.”

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por

lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas 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 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por CLAUDIA MARIANA PADILLA ECHEVERRY en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD

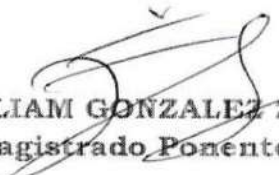
¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

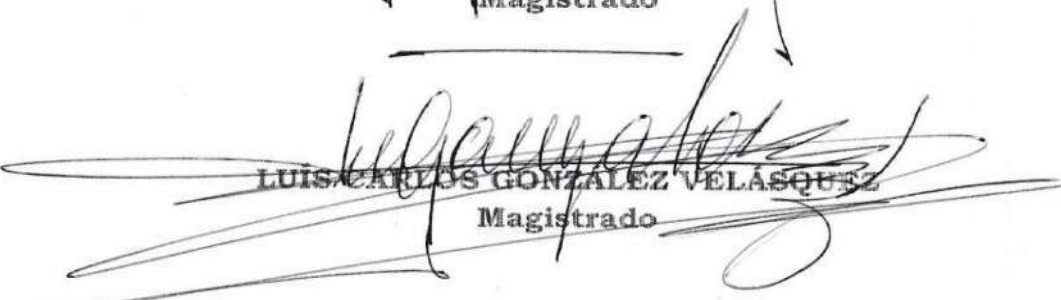
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 en favor de la parte demandante y a cargo de cada una de aquellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033201800667-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de Colpensiones y Colfondos S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MERY REYES SALCEDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Angy Graciela Castellanos Durán, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.019.077.818 y tarjeta profesional 251.798 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Luz Mery Reyes Salcedo promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pretendiendo que se declare la nulidad de la afiliación realizada el 30 de julio de 1999 a Colfondos S.A.; que como consecuencia de lo anterior, se ordene a dicha AFP a trasladar la totalidad del ahorro efectuado por la demandante a Colpensiones, ordenando a esta última a aceptar el traslado, efectuar la afiliación al RPM, y recibir el ahorro efectuado con todos sus rendimientos; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que estuvo afiliada para los riesgos de vejez, invalidez y muerte al RPM desde el 26 de julio de 1982, hasta el 8 de marzo de 1999.

Que la empresa Huila Estéreo LTDA permitió la entrada de los asesores del fondo privado Colfondos S.A. para afiliar a sus empleados al RAIS, quienes realizaron una charla a un grupo de empleados, entre ellos la demandante, quienes les señalaron que lo mejor para su futuro pensional era realizar el traslado, por cuanto

el ISS se acabaría por tener una grave crisis financiera; igualmente, que la mesada pensional podría ser igual o mejor, pero nunca inferior a la que obtendría con el RPM, razón que motivó a la actora para efectuar el traslado.

Que para el año 2018 la demandante elevó derecho de petición ante Colfondos S.A., solicitando una simulación pensional, quienes mediante comunicación del 12 de septiembre de 2018, le informaron que su mesada pensional a la edad de 58 años sería de \$781.242, y que, al efectuar la apoderada un estudio pensional, determinó que con Colpensiones, la mesada sería de \$2.257.194.

Que pese a solicitar la nulidad del traslado ante ambas entidades demandadas, las mismas se han negado a acceder a tal solicitud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas Colfondos S.A. y Colpensiones, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos, Colpensiones en su mayoría manifestó no constarle, salvo los relacionados con la vinculación de la demandante al RPM, y las solicitudes elevadas ante las demandadas y sus contestaciones. Por otra parte, Colfondos S.A. frente a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado al RAIS administrado por Colfondos S.A., y con ello la afiliación realizada el 30 de julio de 1999 por la señora Luz Mery Reyes Salcedo; declarar que la demandante se encuentra efectivamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones; ordenando a Colfondos S.A. a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la señora Luz Mery Reyes, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración, estas últimas, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, y a cargo de su propio patrimonio; declarar no probadas las excepciones propuestas, y condenando en costas a Colfondos S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de Colfondos S.A. y Colpensiones S.A. interpusieron recurso de apelación.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sustenta su recurso en lo concerniente a la devolución de gastos de administración a cargo del propio patrimonio de la entidad, y así mismo, en cuanto a las costas fijadas en 4 SMLMV. Aduce que la AFP ha actuado conforme las leyes establecidas, como quiera que ha venido realizando una gestión de manera diligente, garantizando unos rendimientos propios, los cuales se traducen mediante unos descuentos que se hacen a los aportes, pero que nunca son parte integral para reconocer la mesada pensional, por lo que, la condena estaría causando a la entidad un perjuicio, desconociéndole el trabajo que durante estos años ha venido realizando. Igualmente, que dentro de este concepto se estaría hablando de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, que son pagados a unos terceros de buena fe como son las aseguradoras, dineros que son descontados conforme mandato legal.

Con relación al monto de las agencias en derecho, aduce que resultan algo exorbitantes, teniendo en cuenta que se trata de un proceso en el cual no media cuantía, debiendo considerarse las actuaciones realizadas.

La Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones sustentó su recurso, en lo que tiene que ver con la nulidad o ineficacia de la afiliación, en el entendido que se tiene que declarar que no se probó por parte de la actora, que efectivamente acaeció algún vicio del consentimiento, o que no se brindó la información necesaria. Adicionalmente, que se podría ocasionar una situación que llevara a un detrimento patrimonial de Colpensiones, por cuanto no se logró planear dicha pensión con anticipación.

Refiere no encontrarse de acuerdo con la inversión de la carga de la prueba por los supuestos negativos, estando en cabeza del fondo privado demostrar que se brindó la debida información, considerando que hay una desproporción probatoria, en el sentido de que no sería viable que con la sola manifestación por la parte demandante, esto se dé por cierto. Además de que, al analizarse el acervo probatorio y el interrogatorio absuelto por la demandante, se demuestra que se firmó un formulario de afiliación de una manera libre, y voluntaria, siendo el mismo válido, ratificando su deseo de continuar en el RAIS por su permanencia, y no manifestar su inconformidad, y por la omisión de acercarse a las oficinas de las entidades.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** remitió alegatos de conclusión, haciendo alusión a la prohibición en la que se encuentra la demandante para retornar al RPMPD, aunado a que no se demostró dentro del presente proceso un vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Asimismo, que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones.

Igualmente, la parte **demandante** remitió alegatos de conclusión, indicando que se logró demostrar que la actora no recibió asesoría completa, real y veraz por parte de los fondos privados.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

La sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** Si Colfondos S.A. está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si la permanencia en el RAIS sana la nulidad del traslado de régimen, **v)** y si hay lugar a revocar la suma a la que fuere condenada Colfondos S.A. por concepto de agencias en 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.

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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 a folio 141 del expediente formulario de afiliación a Colfondos S.A. diligenciado el 30 de julio de 1999, prueba que en principio es concreta, en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Asimismo, se recibió interrogatorio de parte que absolvió la señora Luz Mery Reyes Salcedo, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio el traslado de régimen, manifestó que en la empresa en la que laboraba presentaron una solicitud de Colfondos S.A. para explicar al grupo las ventajas que tenía el tema pensional con dicha AFP; que al momento en que se acercaron los asesores, reunieron a todos los compañeros, dando un informe por alrededor de 30 minutos, en el que se les indicó que podrían tener una pensión igual o superior a la que tendrían con el ISS, que se pensionarían más jóvenes, que podrían hacer uso del dinero después de los 50 años; que posteriormente, los asesores diligenciaron unos formularios, para que los firmaran.

Aduce que la persona que la abordó para la firma del formulario, le volvió a ratificar la información previamente referida. Que durante la charla no le manifestaron que los aportes irían a una cuenta de ahorro individual; que no le hablaron de rendimientos financieros; que en caso de fallecimiento su pensión le quedaría a su hijo; que nunca supo que podría retornar al ISS; que si recibía extractos que no sabía interpretar; y que no solicitó la pensión anticipada.

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 Mery Reyes Salcedo 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, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella 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 adocinado 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 Colfondos S.A. el 30 de julio de 1999, 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación del fondo demandado. En tal sentido 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 cubre 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 ibídem-.

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.”

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

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

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su revocatoria o exoneración.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Por último, y en cuanto a modificar el monto de las agencias en derecho, no puede desconocerse lo preceptuado en el numeral 5 del artículo 366 del Código General del Proceso, que dispone: “(...) 5. La liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas. La apelación se concederá en el efecto diferido, pero si no existiere actuación pendiente, se concederá en el suspensivo (...)”, no siendo posible acceder a tal petición, en cuanto no es la instancia pertinente para ello.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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 11 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., promovido por Luz Mery Reyes Salcedo en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Colfondos S.A.
Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

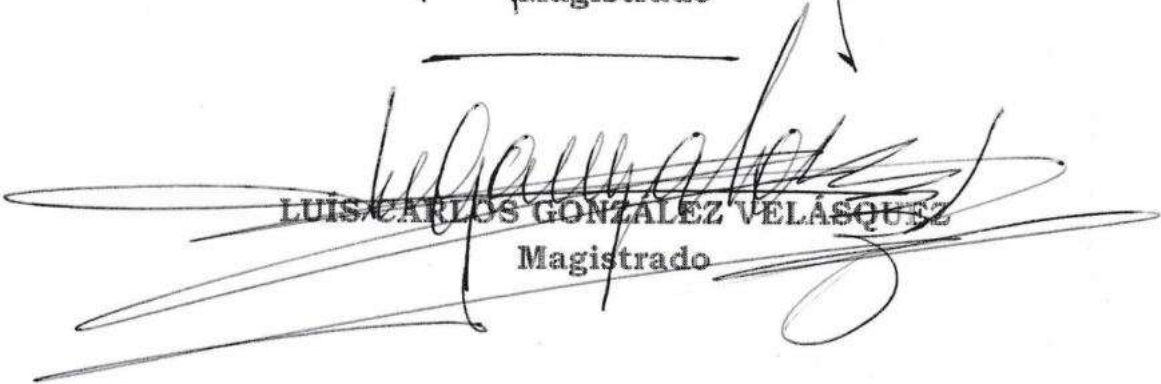
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente



MILLER ESQUIVEL CAYMAN
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. 110013105026201900668-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado de régimen – ausencia de afiliación en el RPMPD con anterioridad al RAIS.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALEXANDRE GUY MARIE JOSEPH TOULEMONDE** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la abogada MARIA CAMILA BEDOYA GARCIA como apoderada principal de COLPENSIONES y a la Dra. A LIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES como apoderada sustituta en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 168 vto a 170.

ANTECEDENTES

ALEXANDRE GUY MARIE JOSEPH TOULEMONDE, pretende que se declare que OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A no le proporcionó, al momento de su afiliación al RAIS, una información completa y comprensible acerca de su vinculación, omitiendo información sobre los riesgos que debía asumir así como de las desventajas de vincularse a esa AFP, incumpliendo con su deber de buen consejo por lo que debe estar afiliado al RPMPD; y como consecuencia, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a hacer efectivo el traslado de todos los aportes al RPMPD hoy COLPENSIONES, se ordene a COLPENSIONES a aceptar dichos aportes y a registrarlo como su afiliado sin solución de continuidad desde el 16 de abril de 1996, pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que se afilió al sistema general de seguridad social el 16 de abril de 1996 en el RAIS administrado por OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A; en el momento de la afiliación el asesor de la AFP no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS ni le elaboró proyecciones como tampoco sobre las desventajas de afiliarse al RPMPD; entre otros aspectos, diciéndole que no podía afiliarse al RPMPD porque no estaban recibiendo nuevos afiliados; cumplió 52 años de edad el día 23 de abril de 2008 y nunca recibió una comunicación sobre la oportunidad de regresar al RPMPD; actualmente se encuentra afiliado a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A contando con más de 1.172.14 semanas cotizadas, ha elevado solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siendo negadas.(fls 1-21).

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 a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 259-264)

SOCIEDAD OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS: 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 277-287)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de agosto de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá resolvió negar en su totalidad las pretensiones de la demanda; declaró probada la excepción de “inexistencia del derecho para regresar al RPMPD” propuesta por COLPENSIONES y se relevó del estudio de las demás excepciones propuesta por las demandadas; y, condenó en costas al demandante incluyendo como agencias en derecho la suma de un (1) SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, ya que es claro que además de un formulario de afiliación no existe prueba alguna de una información brindada en el momento de la afiliación, no existe prueba de la entrega de un plan de pensiones o de un reglamento como lo exige el decreto 656/1994, no se le realizó proyección ni tampoco alguna asesoría en el transcurso de su afiliación en la fecha, en cuanto a la carga de la prueba en este caso no sólo aplica la ineficacia del traslado como lo menciona el art 271 de la ley 100/1993, sino también las sanciones previstas a quien atente contra el derecho del trabajador sobre su afiliación, siendo que la norma en ningún momento menciona únicamente las circunstancias de traslado de régimen, porque un afiliado debe tener, independientemente o no que se haya encontrado anteriormente en otro régimen o en otra AFP, la información completa, es decir no se le puede eximir de responsabilidad y de los deberes a una AFP por el hecho de que el afiliado no se encontrara antes en otro régimen, ya que ello sería ir en contra de los actos profesionales, asimismo en el interrogatorio de parte rendido por el fondo demandado quedó probado que no se le brindó información alguna al actor, existiendo una aplicación indebida de la norma al aplicarla únicamente al caso de ineficacia de traslado y no al caso de ineficacia de la afiliación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicito su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a

las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Habiéndose verificado los requisitos previstos en la ley.

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

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento de la afiliación al RAIS y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el interrogatorio de parte rendido por el representante de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS son pruebas suficientes sobre la información brindada al momento de la afiliación, y **iii)** si los efectos jurídicos de la ineficacia del traslado de régimen son aplicables a la ineficacia de la afiliación cuando la misma se hizo desde un principio al RAIS. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RAIS.

Como quiera que punto álgido de la alzada se contrae a que se declare la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS, quien con anterioridad a dicho régimen no había estado afiliado al RPMPD conveniente resulta hacer las siguientes precisiones en cuanto a la obligatoriedad de la afiliación al sistema general de seguridad social en pensiones, tratándose de trabajadores dependientes.

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).

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 indispensable que en realidad se trate de un traslado de régimen y no, como aquí aconteció, de una vinculación inicial a cualquiera de los dos regímenes, y luego de ello, es que se puede entrar a analizar 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, no se evidencia por parte de la Sala, que con anterioridad a la afiliación del demandante al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A, éste hubiese estado afiliado al RPMPD, y si ello es así, por supuesto que no es dable dar aplicación a la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen, pues como es sabido la misma trae como consecuencia principal la de negarle efecto al mismo -traslado-, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de la parte demandante que pretendía asimilar la declaratoria de nulidad del traslado de régimen con la declaratoria de la nulidad de la afiliación, invocando para tal propósito la falta de información completa y veraz sobre las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, máxime cuando en tratándose de una vinculación inicial con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A, es evidente que contó con la posibilidad de cambiar de régimen dentro del término concedido por la ley, sin la necesidad de promover esta acción para que se declarara la nulidad de tal afiliación.

Al respecto conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 89171 del 14 de junio de 2022 M.P Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en la que frente a los efectos jurídicos con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señaló: *“El anterior criterio es el que se encuentra vigente en la jurisprudencia de la Sala y frente al cual debe advertirse que, como la declaratoria de ineficacia del traslado tiene como sustento el incumplimiento del deber de información en el traslado inicial, al estar afectado el acto jurídico primigenio, los negocios jurídicos subyacentes adolecen de igual falencia, entre ellos los cambios que se lleven a cabo a los diversos Fondos privados, ello en tanto que, el efecto de la declaratoria de ineficacia es volver al statu quo, lo que implica retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el cambio de sistema pensional no hubiera existido jamás (CSJ SL4025- 2021, CSJ SL4062-2021 y CSJ SL 4064-2021)”*, de suerte que en el *sub judice*, se está ante la imposibilidad de disponer un retorno a un régimen del que nunca hizo parte el actor, por lo que pretender dejar sin efectos su afiliación al RAIS lo único que traería como consecuencia es que se considerara como si no hubiera estado afiliado al sistema general de pensiones, situación que no se corresponde con la presente demanda de nulidad.

Y es que la nulidad o ineficacia del traslado tiene como finalidad, precisamente, que se reconozca que todo afiliado a cualquiera de los dos regímenes (RPMPD – RAIS) cuando quiere hacer un traslado entre ellos, debe ser informado sobre las diferencias entre los beneficios que ofrece un fondo privado de pensiones y Colpensiones, pues así lo contempla el inciso primero del artículo 2.6.10.2.3 del decreto 2555 de 2010, al señalar que: *“Las administradoras del Sistema General de Pensiones tienen el deber del buen consejo, por lo que se encuentran obligadas a proporcionar a los consumidores financieros información completa respecto a los beneficios, inconvenientes y efectos de la toma de decisiones en relación con su participación en cualquiera de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones.”*, buen consejo que debe ser ofrecido tanto por Colpensiones como por el fondo privado de pensiones al momento del traslado tal y como lo prevé el segundo inciso *ibídem* al puntualizar que: *“Las administradoras de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones, deberán garantizar que los afiliados que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, esto es del Régimen de Ahorro Individual al Régimen de Prima Media y viceversa, reciban asesoría de representantes de ambos regímenes, como condición previa para que proceda el traslado. Lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia.”*, sin que sea cualquier asesoría ya que lo que se procura es que el afiliado tenga plena conciencia de las consecuencias y efecto del traslado para que tome una decisión informada, y para ello la norma exige que tal asesoría debe contemplar por lo menos los siguientes aspectos: **i)** Probabilidad de pensionarse en cada régimen; **ii)** Proyección del valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, lo anterior frente a la posibilidad de no cumplir los requisitos de ley para acceder a la pensión de vejez a la edad prevista en la normatividad vigente; **iii)** Proyección del valor de la pensión en cada régimen; **iv)** Requisitos para acceder a la garantía de pensión mínima en cada régimen; **v)** Información sobre otros mecanismos de protección a la vejez vigentes dentro de la legislación; **vi)** Las demás que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca.

Por lo expresado, es dable concluir que la nulidad o ineficacia del traslado sólo es posible si el demandante demuestra en juicio que no se recibió esa doble asesoría, o que no se recibió en las condiciones exigidas por la ley.

Las reflexiones en precedencia se muestran suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad del traslado de régimen ante la ausencia de tal circunstancia -afiliación anterior al RPMPD-, conforme las razones aquí expuestas.

COSTAS

Atendiendo el resultado desfavorable del recurso de apelación se condenará en costas de esta instancia a la parte actora. 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

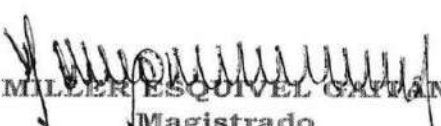
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de agosto de 2021 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por ALEXANDRE GUY MARIE JOSEPH TOULEMONDE en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

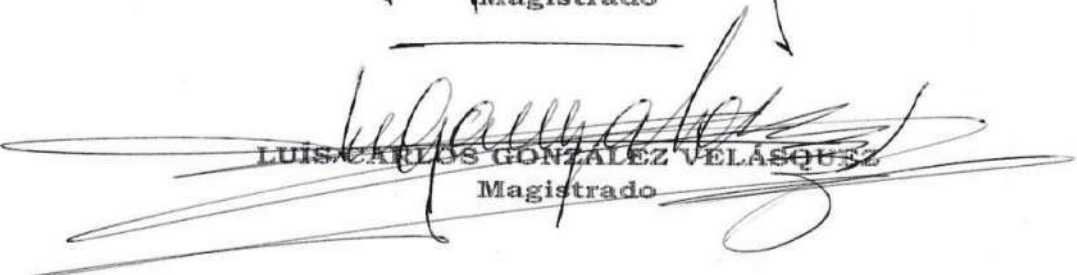
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma total de \$1.000.000 en favor de la parte demandada. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023201700668-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Contrato de trabajo – indemnización por despido sin justa causa.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 06 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JAIRO FORERO CIFUENTES** en contra de **SEVICOL LTDA, SEGURIDAD ONCOR LTDA** y solidariamente contra la **EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL**.

ANTECEDENTES

JAIRO FORERO CIFUENTES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de SEVICOL LTDA, SEGURIDAD ONCOR LTDA y solidariamente contra la EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS – ECOPETROL, para que, se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor con SEVICOL LTDA, del 16 de abril de 2009 al 31 de octubre de 2014, el cual terminó sin justa causa, en consecuencia, se condene a esa demandada y solidariamente a ECOPETROL S.A., al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la moratoria de que trata el artículo 65 del CST; que, se declare la existencia de un contrato de trabajo por obra o labor con SEGURIDAD ONCOR LTDA, del 01 de noviembre de 2014 al 07 de marzo de 2016, el cual, también fue finalizado sin justa causa por parte del empleador, razón por la cual, se debe condenar solidariamente a SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL, al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, celebró tres contratos de trabajo, con la empresa SEGURIDAD Y VIGILANCIA SEVICOL LIMITADA, del 16 de abril de 2009 al 30 de noviembre de 2010, del 01 de diciembre de 2010 al 30 de abril de 2011 y del 1 de mayo de 2011 al 31 de octubre de 2014, para desempeñar el cargo de escolta, al servicio de ECOPETROL, con una asignación básica mensual de \$3.298.773; que, el 31 de octubre de 2014, SEVICOL LTDA, le dio por finalizado el contrato de trabajo, ante la decisión de ECOPETROL, de cambiar de empresa de seguridad, siendo liquidado, sin que se le reconociera la indemnización por despido sin justa causa.

Indicó que, el 01 de noviembre de 2014, suscribió contrato de trabajo con SEGURIDAD ONCOR LTDA, para desempeñarse también como escolta en ECOPETROL, con una asignación básica mensual de \$4.249.073; que, el 29 de enero de 2015, fue asignado al esquema de seguridad tipo E1; que, SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL, suscribieron, entre otros, el contrato de prestación de servicios de seguridad 5217271; que, el 07 de marzo de 2016, SEGURIDAD ONCOR LTDA, le informó la terminación del contrato de trabajo, por la terminación del esquema de seguridad para el cual había sido asignado, sin embargo, a la presentación de la demanda, aseguró que, aún continua vigente el contrato 5217271 entre ONCOR y ECOPETROL, razón por la cual su despido se produjo sin justa causa, siendo acreedor a la indemnización reclamada (fls. 3-16).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas ECOPETROL, SEGURIDAD ONCOR y SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA, dieron contestación oportunamente, en los siguientes términos:

ECOPETROL S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos en su mayoría dijo no ser ciertos y no constarle, salvo los relacionados con la suscripción y vigencia del contrato de prestación de servicios de vigilancia No. 5217271, suscrito con SEGURIDAD ONCOR LTDA, que sí aceptó; propuso la excepción previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa, y las de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe; también llamó en garantía a Seguros del Estado S.A. (fls.120-128 y 328-328).

SEGURIDAD ONCOR LTDA, se opuso a las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó la contratación del demandante, el cargo por él desempeñado y la suscripción con ECOPETROL del contrato No. 5217271, así como la terminación del vínculo laboral, de los demás hechos dijo no ser ciertos, argumentando que, la terminación del vínculo laboral del actor, se produjo de forma unilateral, con justa causa, debido a la finalización del esquema de seguridad al cual se encontraba asignado, tal y como se pactó en el contrato de trabajo. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, mala fe, compensación, prescripción y pago (fls. 214-232).

SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA, aceptó el vínculo laboral con el demandante, así como el cargo desempeñado por él, de los demás hechos indicó no ser ciertos; se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que la terminación del contrato de trabajo del actor, obedeció única y exclusivamente a la aplicación de la norma laboral, traducida en la terminación de la obra o labor para la cual fue contratado, ante la finalización del contrato de prestación de servicios de vigilancia y seguridad privada número 5210674 suscrito con ECOPETROL. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, la terminación del contrato de trabajo se da por una causal legal y objetiva de terminación de la obra o labor contratada, aplicación del principio de contrato realidad, prescripción, buena fe y la genérica o innominada (fl. 297).

La llamada en garantía **SEGUROS DEL ESTADO S.A.**, dijo no constarle ninguno de los hechos de la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones; propuso las excepciones de terminación del contrato de trabajo por obra o labor con justa causa, ausencia de responsabilidad de ECOPETROL S.A. por cuanto no se configura la solidaridad legal frente las supuestas acreencias adeudadas por SEVICOL LTDA, actividad del trabajador extraña a la actividad normal, corriente y permanente de ECOPETROL S.A., genérica, buena fe de ECOPETROL S.A. y la imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe (fls. 392-410).

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada el 28 de enero de 2020, el Juez de Primer Grado, declaró probada la excepción previa propuesta por ECOPETROL S.A., de falta de agotamiento de la vía gubernativa, razón por la cual excluyó a esa demandada del proceso, así como a la llamada en garantía Seguros del Estado S.A. (fls. 450-451).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de febrero de 2020, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que entre el demandante y SEGURIDAD Y VIGILANCIA COLOMBIANA SEVICOL LTDA, existió un contrato por obra o labor, entre el 11 de julio y 31 de octubre de 2014; declaró que entre el actor y SEGURIDAD ONCOR LTDA, existió un contrato de trabajo por obra o labor, el cual estuvo vigente entre el 01 de noviembre de 2014 y el 07 de marzo de 2016; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, condenando en costas a la parte demandante.

Precisó el Juez de Primer Grado, respecto a la terminación del vínculo laboral del demandante con SEVICOL LTDA, que, la misma se produjo con justa causa, pues, se había acreditado que efectivamente ECOPETROL terminó el contrato No. 5210674 de prestación de servicios de vigilancia y seguridad, el 30 de octubre de 2014, por lo que, la finalización del contrato de trabajo del actor, fue justa, ante la finalización de la obra o labor

determinada, que se encontraba desempeñando al servicio de esa demandada. En cuanto a la terminación de la relación laboral con SEGURIDAD ONCOR LTDA, aclaró el a-quo, que revisado el expediente se habían aportado dos contratos de trabajo en la modalidad de obra o labor determinada, suscritos entre el demandante y esa Compañía, el mismo día 01 de noviembre de 2014, ambos eran para desempeñar la labor de escolta, sin embargo, uno era más detallado que el otro, dándole validez a ambos, por no haber sido desconocidos por ninguna de las partes, ni tachados de falso; consideró que, ni de ninguno de los contratos laborales, ni de la comunicación enviada por ECOPETROL, informado la finalización del esquema de seguridad al cual estaba asignado el actor, se podía determinar con claridad la justa causa alegada por el empleador, sin embargo, al absolver interrogatorio de parte el demandante, confesó que efectivamente sí se había terminado el esquema de seguridad en el que él trabajaba, concluyendo entonces que también había finalizado la labor para la cual había sido contratado, lo que también justificaba la terminación del vínculo laboral con esa demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada del demandante, interpuso recurso de apelación, argumentado que, no es posible dar el mismo valor a los contratos allegados como prueba dentro del plenario, pues, en ellos no se indicó de forma clara cuál sería su forma de terminación; pide que se revise el correo electrónico por el cual se terminó con el esquema de protección MEC del que él hacía parte el actor como escolta; refirió que, si bien, existen dos contratos, que coinciden en la modalidad por obra o labor determinada, la fecha de iniciación 01 de noviembre de 2014, la labor de escolta que cumpliría el actor, y en que son para el desarrollo del contrato de prestación de servicios de vigilancia privada 5217271 celebrado entre ONCOR y ECOPETROL, lo cierto es que, en ellos no se especificó claramente la forma de terminación, utilizando en su encabezado la conjunción “y/o” que se presta para ambigüedades, porque no es excluyente, sino que se trata de dos cosas juntas, razón por la que solicita interpretar adecuadamente los contratos, que se revisen todas las pruebas obrantes en el plenario y acceder a las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia y acceder a las pretensiones de su demanda, pues, la terminación de su contrato de trabajo estaba supeditada a la vigencia del contrato suscrito entre SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL, y no a la terminación de un determinado esquema de seguridad, de ahí que, estando vigente el contrato de prestación de servicios de vigilancia No. 5217271, no se produjo la terminación de la obra o labor para la cual fue

vinculado el trabajador; insistió en que la duración de los contratos de trabajo no se encuentra expresamente determinada y además, se empleó la conjunción y/o, por lo tanto, no basta con la terminación del esquema de seguridad, sino que era necesario para justificar su despido finiquitar el vínculo comercial entre ONCOR LTDA y ECOPETROL, lo cual no sucedió, debiendo entonces prevalecer la favorabilidad laboral de que goza el trabajador.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, y conforme a lo señalado en la sentencia de Primera Instancia y el recurso de apelación presentado por la parte demandante, considera la Sala, que el problema jurídico a decantar se contrae a determinar si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa deprecada por el actor, respecto de SEGURIDAD ONCOR LTDA o si por el contrario, resulta acertada la decisión del a-quo, al absolver a esa demandada de dicha pretensión.

DE LA EXISTENCIA DEL UN CONTRATO DE TRABAJO

No es objeto de inconformidad en la alzada la existencia del vínculo laboral que unió al demandante y la demandada SEGURIDAD ONCOR LTDA, mediante contrato de trabajo por obra o labor, vigente entre el 01 de noviembre de 2014 y el 07 de marzo de 2016, en virtud del cual, el actor se desempeñó como escolta al servicio de Ecopetrol, devengando como último sueldo básico diario la suma de \$68.836,00 (fls. 60-70, 73, 233-242, 264-266).

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA

Insiste la parte demandante en su recurso, en que el despido de que fue objeto se produjo sin justa causa por parte del empleador, pues, pese a que los dos contratos de trabajo suscritos el 01 de noviembre de 2014 con SEGURIDAD ONCOR LTDA, fueron en la modalidad de obra o labor determinada, su duración estaba supeditada a la vigencia del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada No. 5217271, suscrito con ECOPETROL y no a la continuidad de un esquema de seguridad determinado, por lo que acreditada la vigencia del vínculo contractual entre ONCOR LTDA y ECOPETROL, no se encuentra justificada la terminación de su relación laboral, siendo entonces procedente que se acceda al reconocimiento de la indemnización reclamada.

Al respecto, el artículo 45 del CST, establece como una de las modalidades del contrato aquella celebrada por «*el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada*», en la que lo que delimita su duración, es la consecución de un determinado resultado; de forma tal que, concluida la labor u obra contratada, termina el contrato de trabajo, como se establece en el literal d) del numeral 1 del artículo 61 del CST, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.

En igual sentido, respecto a esta modalidad contractual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 8 de julio de 2008, radicación 32810, señaló que:

“...ciertamente la eficacia del pacto entre el empleador y su trabajador sobre la modalidad de duración del contrato por duración de la obra o labor, depende de la capacidad de las circunstancias que configuran la condición extintiva, de marcar con claridad el momento en el que finaliza la obligación de la prestación de servicios personales convenida; en la modalidad de la duración de la obra o labor, de antemano se ha de indicar, que no se cuenta con la precisión que ofrece un plazo, y por naturaleza de las cosas, se ha de consentir cierto grado de indeterminación, en casos menor como cuando la obra es la elaboración de una obra individualizada e irrepetible, un edificio de habitaciones en un lote ubicado en tal dirección, o un grado de indeterminación un poco mayor, cuando la labor es la fracción de una que se repite periódicamente, pero que fatalmente decrece y concluye periódicamente, como lo es cuando se contrata la “escogeduría” de café, la que depende de ciclos de cosecha de un grano que sólo se produce en algunos de los meses del año.”

En el presente caso, establecido como se encuentra el despido del actor, corresponde a la Sala, estudiar la justa causa esgrimida por el empleador para terminar la relación laboral, esto es, la finalización de la obra o labor contratada. Al respecto, es pertinente aclarar que, efectivamente dentro del plenario obran dos contratos de trabajo por obra o labor determinada, suscritos, el 01 de noviembre de 2014, entre el demandante y SEGURIDAD ONCOR LTDA, en ambos se refiere que el cargo ocupado por el señor FORERO CIFUENTES, era el de escolta, con una asignación salarial de \$65.809 día, encontrándose los dos firmados por el empleador y el trabajador. Sin embargo, se advierten dentro de la parte inicial y la cláusula primera las siguientes diferencias:

Contrato Detallado (fls. 60 y 233)	Contrato general (fls. 64 y 237)
“OBRA O LABOR CONTRATADA; cumplir con la función de ESCOLTA para el esquema del señor German Jiménez, esquema Tipo E2 en desarrollo del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada número5217271, firmado entre SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL SA, por lo tanto la duración de la obra, está	“Entre los suscritos a saber: GERMAN PERILLA MEDRANO, (...) en calidad de representante legal de SEGURIDAD ONCOR LTDA (...) quien para los efectos del presente documento se denominará en adelante EL EMPLEADOR y JAIRO FORERO CIFUENTES de otra parte mayor de edad, identificado como aparece al pie de su firma y que en lo seguido se

determinada por la continuidad del esquema de seguridad para el cual es contratado y/o por la vigencia del contrato y sus prórrogas en caso de haberlas. Entre SEGURIDAD ONCOR LTDA y el trabajador de las condiciones ya dichas, identificados como aparece al pie de nuestras respectivas firmas se ha celebrado el presente contrato individual de trabajo POR LA DURACIÓN DE UNA OBRA Y/O LABOR DETERMINADA, regido por las siguientes cláusulas y en lo no previsto en ellas por las disposiciones contenidas en el código sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social y demás normas que lo adicionen o modifiquen PRIMERA: OBJETO.- SEGURIDAD ONCOR LTDA, contrata los servicios personales del TRABAJADOR y éste a su vez se obliga para con SEGURIDAD ONCOR LTDA a: prestar sus servicios personalmente y en forma exclusiva en los sitios en que le sea asignado por el EMPLEADOR concurriendo y permaneciendo en ellos en excelente estado de presentación, debidamente uniformado, observando todas y cada una de las órdenes y/o instrucciones que le sean impartidas por el EMPLEADOR directamente o a través de sus representantes, cumpliendo con las funciones propias del cargo de así como las específicas que se le asignen según las necesidades propias del usuario del servicio MEC. (...) TERCERA: DURACIÓN DEL CONTRATO: el presente contrato se celebra por el tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada de acuerdo con las condiciones generales que se señalan al inicio del presente contrato”	identificará como EL TRABAJADOR, se ha celebrado el Contrato de trabajo de duración por obra o labor contratada contenido en las siguientes cláusulas: PRIMERA: OBJETO – EL TRABAJADOR se obliga a prestar sus servicios profesionales a EL EMPLEADOR a partir del Primero (1°) DE Noviembre de dos mil Catorce (2014) para el desempeño de las funciones de servicios de Escolta dentro del Contrato de Prestación de Servicios de Seguridad y Vigilancia Privada Número 5217271, celebrado entre SEGURIDAD ONCOR LTDA Y ECOPETROL S.A, en contraprestación de lo cual recibirá el salario estipulado en el presente contrato. (...) TERCERA: DURACION DEL CONTRATO: El presente contrato se celebra por el tiempo que dure el Contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia número 5217271, celebrado entre SEGURIDAD ONCOR LTDA Y ECOPETROL S.A., lo cual también se encuentra determinado en las condiciones generales del contrato.

Ahora bien, pese a las diferencias señaladas, ambos contratos coinciden en estipular en la cláusula quinta y octava, de cada uno, como causal de terminación unilateral del vínculo laboral, entre otras, “La terminación del esquema de seguridad para el cual fue asignado como ESCOLTA” (fls. 62, 68, 234 y 241).

También se aportó otrosí No. 01 al contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia No. 5217271 suscrito entre SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL, donde se acuerda la disminución del valor del contrato (fls. 197 y CD fl. 329); correo electrónico de fecha 03 de marzo de 2016, del líder de seguridad corporativa de ECOPETROL dirigido a gerencia administrativa de SEGURIDAD ONCOR LTDA, entre otros, donde se indica que *“De acuerdo a necesidades operativas agradezco finalizar el servicio de esquema de protección MEC, que estaba como mayor cantidad de servicios dentro del actual contrato. Esto a partir del Lunes 7 de Marzo de los corrientes. Igualmente formalizo la solicitud de cambio de vehículo de protección de la Gerencia Castilla pasando de vehículo convencional a Blindado, Esto igualmente a partir del 7 de Marzo de los corrientes”* (fl. 262); y, carta de terminación del contrato de trabajo, enviada al demandante, el 04 de marzo de 2016, informándole que *“la Compañía ha decidido dar por terminado el contrato de trabajo de conformidad con la Cláusula Octava de las Terminaciones Unilaterales, literal v, del contrato suscrito entre las partes, que al tenor dice: “la terminación del esquema de Seguridad para el cual fue asignado como escolta” y dada la comunicación por parte del cliente en la que manifiesta que el esquema al cual se encontraba asignado, termina a partir del 07 de marzo de 2016. Adicionalmente, es importante aclarar que la modalidad de su contratación es por obra o labor, la cual está sujeta a la terminación de la obra o laboral la cual dio origen a su contratación. Así las cosas dice la norma que no es necesario pactar la fecha de terminación del contrato, puesto que esta modalidad contractual no está sujeta a ninguna fecha determinada sino a la terminación del esquema para el cual fue contratado y asignado. De igual manera al desaparecer el objeto del contrato, es imposible para la compañía renovar el contrato de trabajo puesto que no hay más esquemas disponibles lo que resulta imposible seguir con el desarrollo del contrato, a partir de la fecha...”* (fls. 73 y 264).

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal de la demandada, indicó que, el demandante estuvo vinculado a través de contrato de trabajo por obra o labor determinada, desempeñando el cargo de escolta asignado a un esquema con ECOPETROL, desde el 01 de noviembre de 2014 y hasta marzo de 2016; que, el contrato laboral, terminó porque finalizó el esquema para el cual había sido asignado, por decisión de ECOPETROL, aunque el contrato de prestación del servicio de vigilancia y seguridad, sí continuó vigente con esa Compañía, hasta el año 2018; que, el actor, estaba en el esquema MEC, y ECOPETROL decidió levantar ese esquema; que, de acuerdo a lo estipulado en el contrato de trabajo suscrito con el demandante, éste daba dos opciones para su finalización, una era la terminación del esquema y la otra, la terminación del contrato de prestación de servicios entre ONCOR LTDA y ECOPETROL; que, los esquemas de seguridad se asignan para un cargo en la empresa y no son para una determinada persona.

Por su parte, el demandante, señaló que, el 01 de noviembre 2014 fue contratado por SEGURIDAD ONCOR LTDA, para prestar sus servicios

como escolta en ECOPETROL; que, fue asignado para la seguridad del señor GERMÁN JIMÉNEZ y posteriormente tuvo que cuidar a MARCELINO ORTEGÓN, quienes ocupaban el cargo de Gerentes del Megaproyecto Castilla en el Meta; que, trabajó hasta el 07 de marzo de 2016, cuando recibió la carta de terminación del contrato; aceptó que al gerente del Megaproyecto Castilla – Meta, le quitaron el esquema de seguridad y sólo le dejaron un vehículo con un señor, mientras que, el esquema de seguridad en el que él estaba, era un tipo 1, con 2 escoltas; que, a los 2 escoltas, su compañero y él, les pasaron la carta de terminación del vínculo laboral, pero la otra persona continuó laborando para la empresa porque pertenecía al Sindicato, pero no siguió protegiendo al gerente, sino que lo cambiaron de esquema; que, su contrato era por obra o labor, pero su duración estaba supeditada a la vigencia del contrato de prestación de servicios suscrito entre ONCOR y ECOPETROL.

Declararon en el proceso, el señor SIXTO ARBELÁEZ BAUTISTA, quien dijo conocer al demandante, desde el año 2001, primero como instructor y luego como escolta de seguridad, dijo que, él también trabajó para SEGURIDAD ONCOR LTDA y ECOPETROL; que, firmó contrato de trabajo con ellos, el mismo día que el señor JAIRO FORERO, por eso sabe que, los servicios eran por obra o labor determinada, pero que, el testigo cumplió con sus funciones en Bogotá, mientras que el actor, fue asignado a un esquema de seguridad en el Megaproyecto Castilla en el Meta; que los esquemas de seguridad, están asignados a Vicepresidencias o Gerencias y pueden ser tipo 1 o 2, dependiendo del número de escoltas que se le asigne al protegido; que, la duración de su contrato de trabajo como el del demandante, estaba sujeta a la vigencia del contrato de prestación de servicios de ONCOR LTDA y ECOPETROL; no dio información acerca del desarrollo de la relación laboral del actor, ni la terminación del contrato de trabajo, pues, no estaba en el mismo lugar de prestación del servicio y los detalles que conocía los sabía porque el actor, se los había contado.

JOHN MOISÉS MUNERA, manifestó ser coordinador de SEGURIDAD ONCOR LTDA, con quien ha trabajado por 11 años; que, se desempeñaba como coordinador administrativo del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia privada No. 5217271 suscrito con ECOPETROL; que, el demandante, fue contratado como escolta, desde el 01 de noviembre de 2014 y su vínculo laboral finalizó el 07 de marzo de 2016; que, el actor, era escolta asignado al esquema de protección MEC, Megaproyecto Castilla – Meta y un día el interventor del contrato, señor RAUL MENDOZA les informó que se acaba ese servicio, que finalizaban el esquema de seguridad; aclaró que los esquemas de seguridad, son de 1 o 2 personas para la protección de un cargo, no de una persona determinada; que, la duración del contrato de trabajo del demandante, estaba atado a un esquema de seguridad; que, una vez ECOPETROL informó la terminación del esquema de seguridad del MEC, se le informó al demandante, igualmente la finalización de su contrato de trabajo; que, posiblemente al gerente MEC, se le asignó otro tipo de esquema de

seguridad, pero ya no estaba dentro de los previstos en el contrato de prestación de servicios de ONCOR LTDA y ECOPETROL; que, finalizado el esquema de seguridad MEC, a ese cargo sólo se le suministró un vehículo, pero no personal de seguridad; que, en el correo por el cual ECOPETROL, pidió la finalización del esquema de seguridad, esa Compañía, hizo tres solicitudes, una la finalización del esquema, otra el cambio de un vehículo y otra, relacionada con un tema de Cartagena; reiteró que el esquema tipo 1 para el Gerente del Megaproyecto Castilla – Meta, no continuó; que, ECOPETROL, a través de otrosí al contrato de prestación de servicios de seguridad, solicitó la terminación de muchos esquemas de seguridad y la reducción de servicios, lo que produjo el cambio de modalidad o esquema de seguridad de muchos cargos.

No obra en el plenario, prueba alguna adicional de la cual se pueda establecer por qué el demandante y SEGURIDAD ONCOR LTDA, suscribieron dos contratos de trabajo por obra o labor determinada, el mismo día 01 de noviembre de 2014 y con el mismo objeto; sin embargo, como señaló el a-quo, ninguno de ellos fue desconocido por las partes, ni tachado de falso, por lo que, son plenamente válidos y al tenor de lo allí pactado, debe destacarse que, independientemente de la conjunción disyuntiva “y/o” que se empleó en la parte inicial del contrato de trabajo, obrante a folios 60 y 233, su duración se pactó *“por el tiempo que dure la realización de la obra o labor contratada”*, y en la cláusula quinta, se estipuló, entre otras, como causal de terminación unilateral *“La terminación del esquema de seguridad para el cual fue asignado como ESCOLTA”*, por lo tanto, no puede entenderse como pretende la recurrente, que, por incluirse la expresión “y/o”, las partes supeditaron la terminación del vínculo laboral a la finalización del esquema de seguridad y la terminación del contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia entre ONCOR LTDA y ECOPETROL, lo cual no tendría razón de ser, pues, si lo subsidiario sigue la suerte de lo principal, finalizado el contrato de prestación de servicios 5217272, también terminaría el esquema de seguridad asignado al Gerente Megaproyecto Castillo – Meta.

Ahora, respecto al contrato suscrito en términos generales por las partes (fls. 64 y 237), aunque en éste no se incluyó al comienzo de su redacción, la conjunción “y/o”, su duración, sí se determinó que sería *“por el tiempo que dure el Contrato de prestación de servicios de seguridad y vigilancia número 5217271, celebrado entre SEGURIDAD ONCOR LTDA Y ECOPETROL S.A.”*; sin embargo, allí también se contempló como causal de terminación unilateral, entre otras, *“La terminación del esquema de seguridad para el cual fue asignado como ESCOLTA”*; concluyéndose entonces, que fue voluntad del empleador y el trabajador, en uno y otro de los contrato de trabajo celebrados el 01 de noviembre de 2014, que la finalización de la obra o labor contratada, pudiera darse a la terminación del esquema de seguridad al cual fue asignado el actor.

Por lo tanto, al haber confesado el demandante, en su interrogatorio de parte, que, efectivamente el esquema de seguridad tipo 1 del gerente del Megaproyecto Castilla – Meta, del cual él hacía parte, se terminó, es claro que, finiquitó igualmente la obra o labor determinada, para la cual había sido contratado, de ahí que, la decisión de su empleador de finiquitar el vínculo laboral se amparó en una justa causa, , en consecuencia, resulta acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al no imponer la indemnización por despido sin justa causa deprecada

Aclarando adicionalmente que, el hecho de que ECOPETROL, haya referido en el correo electrónico de modificación de servicios del 03 de marzo de 2016 *“el cambio de vehículo dentro del esquema de protección de la Gerencia Castilla pasando de Vehículo Convencional a Vehículo Blindado”*, de ninguna manera puede entenderse como que el esquema de seguridad tipo 1 al que pertenecía el demandante, continuó vigente, pues, resulta apenas obvio que al quedar el gerente del proyecto sin escoltas, era necesario que se brindara un vehículo diferente con el que se garantizara la seguridad que ya no tendría por el cambio de esquema de seguridad.

Los anteriores argumentos, resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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

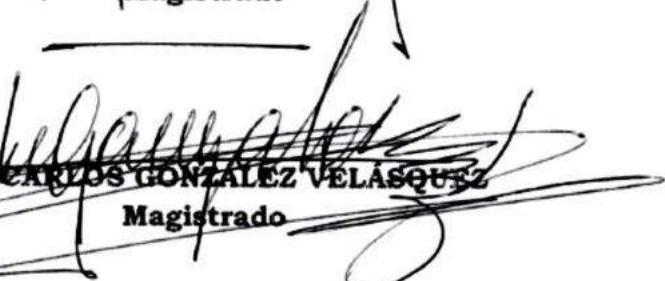
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JAIRO FORERO CIFUENTES** en contra de **SEVICOL LTDA** y **SEGURIDAD ONCOR LTDA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a cargo del demandante y a favor de la demandada SEGURIDAD ONCOR LTDA. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105024201800687-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A., SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida con ocasión al traslado de expedientes dispuesto mediante los acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, por el Juzgado Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de marzo de 2021, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ZORAYA MARGARITA GUZMÁN PIÑEROS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

ZORAYA MARGARITA GUZMÁN PIÑEROS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, se declara la nulidad del contrato de administración de aportes pensionales, celebrado con OLD MUTUAL

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 5 de julio de 2013, por su incumplimiento en el deber de información oportuna y completa; y, en consecuencia, que se autorice su retorno al RPM, administrado por COLPENSIONES; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., y a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas entregadas como aportes pensional para financiar su pensión; que, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a pagar cualquier diferencia económica que surja, para la financiación de su pensión de vejez en el RPM; que, se condene a las demandadas, a cancelar las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 22 de agosto de 1966; que, desde que inició su vida laboral, estuvo afiliada al RPM, administrado por el entonces Instituto de Seguros Sociales, hasta el 30 de septiembre de 1994, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; y, posteriormente, el 5 de julio de 2013, se cambió a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Refiere que, nunca fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional; que, lleva más de 15 años afiliada a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., cotizando de manera regular, y sin queja alguna por parte de esa Administradora respecto al pago de los aportes; que, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., le envía extractos del estado de su cuenta de ahorro individual, sin embargo, estos no contienen ni el monto de la pensión que podría alcanzar al momento de su retiro, no el monto del valor adicional que tendría que hacer para pensionarse en las condiciones más convenientes; que, OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., no lo informó que el RPM, podía ser más conveniente para ella, ni que podía retornar a dicho régimen, menos aún le indicó cuáles serían las proyecciones que debía prever para asegurar una mesada pensional, más conveniente en el momento de su retiro laboral (fls. 3-24).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado, prescripción y la innominada o genérica (fls. 100-111 y 270-274).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica (fls. 137-150).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (fls. 209-226).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de marzo de 2021, el Juzgado Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante al RAIS, ordenó a SKANDIA S.A., trasladar a COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES, recibir los dineros provenientes de SKANDIA S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a SKANDIA S.A y la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de la AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y, COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, se está exigiendo a las AFP, probar información de la asesoría brindada a la actora, que, para el momento del traslado, cuando sólo se requería el formulario de afiliación, ya que, la normatividad vigente para la época, no regulaba la materia, ni exigía la documentación de la asesoría brindada; que, la actora, sí recibió información al momento de su traslado al RAIS, y, esto la llevó al convencimiento de realizar dicho cambio, por lo que, dicho acto jurídico versó de la voluntad de la demandante; que, los afiliados al RAIS, son considerados consumidores financieros, y mal puede descargarse todo el deber de información a la AFP, ya que, en virtud del principio de igualdad, éste también recae en la actora, que, es conocedora de su situación particular y concreta, de sus expectativas laborales, las que en ultimas, le permitirán acceder a algún derecho pensional, situación que se escapa del conocimiento de las AFP, de ahí, que la afiliada, debió actuar con la debida diligencia y, por lo menos obtener información sobre este acto jurídico, sin que la falta de conocimientos al respecto, se pueda utilizar como pretexto

para invocar el incumplimiento al deber de información; que, con su traslado, la demandante, aceptó las condiciones del RAIS, es decir, lo que la beneficiaria o afectara; que, en caso de confirmar la decisión apelada, solicita que esa Administradora, no sea condenada a devolver suma alguna, pues, todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, fueron enviados a SKANDIA S.A.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., indicó que, su recurso se limita al tema de la devolución de los gastos de administración, pues, el a-quo, desconoce las disposiciones legales que determinar de manera específica los conceptos objeto de devolución, en caso de ineficacia de traslado de régimen pensional, esto es, los aportes que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, así como los efectuados al fondo de pensión mínima, pero en ningún momento se habla del retorno de los recursos destinados para los gastos de administración, que ya no se encuentran en las arcas de esa AFP, comoquiera que, para cubrir una posible invalidez o muerte, ya se pagaron unas pólizas, a distintas aseguradoras, en aras de garantizar dichos riesgos; y de mantenerse esta decisión, SKANDIA tendría que cubrir ese pago con sus propios recursos, lo que causaría un perjuicio económico, fiscal y financiero de la AFP y del Sistema General de Pensiones; adicionalmente, advierte que, respecto de los gastos de administración operó la prescripción, pues, tales recursos no están destinados al pago de la pensión de vejez.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, pese a que, al momento del traslado de la demandante al RAIS, no se respetó su tiempo mínimo de permanencia en el RPM, lo cierto es que, una vez afiliada a la AFP PORVENIR S.A., realizó sus aportes a ese régimen e incluso en el año 2013, decidió cambiarse de Administradora, reiterando su voluntad de permanecer afiliada al RAIS; que, de las pruebas recaudadas, se advierte que la actora, sí recibió información al momento de su traslado; además, por sus estudios como economista, no se trata de un afiliado lego, más bien se advierte una conducta omisiva de su situación pensional, al no informarse de las condiciones en la que se pensionaría en el RAIS; que, la decisión de Primera Instancia, atenta contra los principios de sostenibilidad financiera que gobiernan el RPM y constituyen una inobservancia clara del artículo 48 de la Constitución; que, de confirmarse la decisión del Juzgado, solicita igualmente se ratifique la orden dada a SKANDIA S.A., respecto a la devolución de los aportes, con todos y cada uno de sus rendimientos, aportes hechos al fondo de garantía mínima, incluso con rendimientos y con cuotas de administración, por ser COLPENSIONES, un tercero de buena fe, que no debe resultar afectado por un negocio jurídico del cual no hizo parte.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En el término concedido, SKANDIA solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

Por su parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Por último la parte actora solicita que se confirme la decisión proferida por el A Quo ya que no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que PORVENIR entrego la información suficiente, al contrario en el interrogatorio quedó establecido que la reunión donde se vinculó al fondo fue de carácter colectivo no fue una atención personalizada, la afiliación no se realizó de manera libre y voluntaria.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A., OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si el nivel profesional que ostenta la demandante, es argumento suficientemente valido, para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información; iv) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, v) si procede la orden de devolución de gastos

administración o se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, que 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 el presente caso, al plenario se allegaron, formulario de afiliación a SKANDIA S.A., suscrito el 5 de julio de 2013 (fl. 30, 151 y 156-161); historia laboral consolidada de la demandante en SKANDIA S.A. (fls. 31-35 y 166-

170); certificación de afiliación y traslado expedida por la AFP PORVENIR S.A. (fl.39 y 231); relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 40-53 y 232-245); reclamación administrativa y su correspondiente respuesta dada por COLPENSIONES (fls. 56-62); acción de tutela y fallo del Juzgado Octavo Penal del Circuito Especializado de Bogotá, que ordenó a COLPENSIONES, dar respuesta a la reclamación de la actora (fls. 63-78); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 113); proyección pensional SKANDIA S.A. (fl. 162); liquidación historia laboral Oficina de Bonos Pensionales (fl. 165); estado de cuenta SKANDIA (fls.171-174); relación de capacitaciones recibidas por la asesora comercial de SKANDIA S.A., que realizó la afiliación de la demandante a esa Administradora (fls. 175-177); formulario solicitud de vinculación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., diligenciado el 30 de septiembre de 1994 (fl. 227); consulta SIAF (fls.228-230); relación de aportes efectuados a la AFP PORVENIR S.A. (fls. 246-257).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, informando que, es economista, pero no se encuentra trabajando; que, para el año 1994 trabajaba en el Banco Ganadero, Sucursal San Andresito de la 38, como auxiliar de atención al cliente, en caja, y que, para esa época era bachiller; que, reunieron a las 10 personas que se encontraban en la oficina, porque la AFP HORIZONTE, que hacía parte del grupo financiero de BBVA antes Banco Ganadero, estaba autorizado para contarles todo sobre los fondos; que, les dijeron que el ISS se iba a terminar y la única opción que tenían para pensionarse era trasladarse a las Administradoras privadas, porque de lo contrario, el dinero aportado se iba a perder; que, la pensión en el Seguro Social no se podía heredar, mientras que en HORIZONTE, sí; que, ellos le reconocerían rendimientos, mientras que el ISS, no; que, la charla duró aproximadamente 10 minutos, porque esa era una oficina abierta al público y tenían que atender clientes; que, la asesora diligenciaba el formulario con los datos básicos, ella le dio la información, firmó y se fue a trabajar, que, firmó el formulario de manera libre, porque confió en la información que le brindó la asesora; que, no le explicaron nada de la cuenta individual, tampoco realizó aportes voluntarios; que, como la AFP HORIZONTE era del mismo Banco donde ella trabajaba, no iban asesores de otras Administradoras, pero una vez éste se fusionó con la AFP PORVENIR S.A., a su oficina fue un asesor de SKANDIA y ella decidió cambiarse, porque, no recibía información de HORIZONTE, ni extractos y el promotor de SKANDIA, les dijo que él iba a estar acompañándolos todo el tiempo, que allí sí les darían información de sus aportes, y que, en SKANDIA, tendrían mejores rendimientos; que, hace aproximadamente 4 o 5 años, algunos de sus compañeros, que ya estaban próximos a pensionarse, se dieron cuenta que les faltaban semanas, información de empleadores y que la mesada con la que se pensionarían era muy bajita con relación a COLPENSIONES, entonces ella llamó al asesor de SKANDIA, para saber cómo estaba su historia laboral y si estaba toda la

información completa, a lo que le contestó que había una parte de su historia pensional no que no haría parte del bono pensional, porque se había trasladado antes de un tiempo mínimo y una edad, pero a ella nunca le habían dicho eso; también le dijo, que se iba a pensionar con \$800.000 a lo que ella respondió, que no podía ser posible, porque recibía como salario mucho más que eso; que, el asesor de SKANDIA, le aconsejó llamar a COLPENSIONES y presentar una demanda; que, cuando se cambió de HORIZONTE a SKANDIA, el asesor, le dijo que el sistema era el mismo, sólo que recibiría más intereses, sobre lo que aportaba su empleador por concepto de aportes pensión.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ZORAYA MARGARITA GUZMÁN PIÑEROS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy la AFP PORVENIR 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 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 actora, a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., el 30 de septiembre 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; sin que su posterior cambio de Administradora, a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, tampoco resulta válido el argumento expuesto por las demandadas, respecto al nivel profesional que ostenta la demandante, y la correspondiente responsabilidad de comportarse como un verdadero consumidor financiero, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta; y, porque además, como señaló la actora, al absolver interrogatorio de parte, para la fecha de su

traslado inicial del ISS a la AFP HORIZONTE, ella no era economista, sino bachiller, de ahí que, para ese entonces, no puede argumentarse que tenía los suficientes conocimientos financieros para tomar una decisión debidamente informada respecto a las consecuencias de su cambio de régimen pensional.

También debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto al ordenarse la devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, se garantiza que los derechos de los afiliados en esos términos no generan desequilibrios pensionales.

Ahora, en relación con la orden impuesta a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 19 de marzo de 2021 por el Juzgado Cuarenta y uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ZORAYA MARGARITA GUZMÁN PIÑEROS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105019201400715-02

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Contrato de trabajo – Despido sin justa y pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 15 de noviembre de 2019 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **DIEGO EDISON JIMENEZ LINARES** en contra de **CITIBANK COLOMBIA S.A.**

ANTECEDENTES

DIEGO EDISON JIMENEZ LINARES, promovió demanda ordinaria laboral contra CITIBANK COLOMBIA S.A., para que, se declaré de la existencia de un contrato de trabajo, a término indefinido, del 25 de junio de 1996 al 20 de septiembre de 2012, en el que desarrolló el cargo de counter supervisor; que, condene a la demandada, a reconocer el incremento salarial del 2% o el que se pruebe el proceso, a partir del 1 de marzo de 2012; que, una vez aplicado dicho porcentaje, se declare que su ultimo salarios ascendió a \$3.013.896; y, en consecuencia, se ordene el reajuste de los salarios, prestaciones sociales, prima legal y extralegal, vacaciones; que, se condene a la demandada, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, a razón de \$100.463 diarios o el salario diario que se pruebe, a partir del 21 de septiembre de 2012 y hasta por 24 meses e intereses moratorios hasta cuando se efectúe el pago de la totalidad de los salarios y prestaciones adeudadas; que, se condene a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, equivalente a 335 días de su último salario; que, se ordene la indexación o ajuste conforme a

la tasa de devaluación de la moneda nacional, de las sumas resultantes de la condena; que, se conceda lo ultra y extra petita así como las costas y agencias en derecho del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, laboró al servicio de CITIBANK COLOMBIA S.A., de forma ininterrumpida desde el 25 de junio de 1996 y hasta el 20 de septiembre de 2012, desempeñando el cargo de counter supervisor y percibiendo como último salario la suma de \$2.954.800; que, en el año 2012, el Banco demandado, realizó un aumento salarial a sus trabajadores del 2%, que no le fue reconocido, ni se le explicó la razón de dicha omisión; que, de haberle reconocido dicho incremento, su último salario hubiese ascendido a la suma de \$3.013.896 y la base para liquidación de prestaciones sociales legales y extralegales, sería de \$3.353.066.

Indicó que, el 29 de agosto de 2012, fue citado a diligencia de descargos, imputándole únicamente el incumplimiento de la instrucción No. 28 en el procesamiento de la carta del 24 de julio de 2012 del cliente TELMEX por \$29.404.016.000; sin embargo, aseguró que, nunca se le impartió capacitación al respecto; que, se le imputó haber realizado un sobregiro en la cuenta del cliente TELMEX, para cancelar unos impuestos, sin tener en cuenta que a las 5:00 p.m., del día 24 de julio de 2012, fecha del inconveniente, se hizo un canje, contando con los fondos para el pago de dichos tributos, por lo tanto, no es cierto que con su actuar a la Entidad bancaria, se le haya ocasionado un perjuicio o riesgo económico.

Que, el 20 de septiembre de 2012, la demandada, decidió terminarle el contrato de trabajo, habiendo transcurrido 36 días hasta la diligencia de descargos y 58 días entre la falta y el despido, y sin una justa causa, pues, nunca incurrió en las faltas que se le imputaron (fls. 3-17 y 45-47).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada, dio contestación con escrito visible a folios 59 a 88, en donde se opuso a todas las pretensiones; negó la mayoría de los hechos y propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, mala fe del demandante, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST es absolutamente improcedente y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de noviembre de 2019, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; condenando en costas al demandante.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, la terminación del contrato de trabajo del demandante se produjo por justa causa, al haber demostrado la demandada en el curso del proceso, que el trabajador incurrió en las faltas endilgadas en la carta de despido. Respecto al reajuste salarial y la reliquidación de salarios y prestaciones sociales, concluyó que, el actor no acreditó estar en igual de condiciones que otros trabajadores, que, ocupando el mismo cargo, si fueron beneficiarios del reajuste; que, la ley, no tiene establecido un aumento salarial obligatorio para quienes devenguen más de un salario mínimo legal vigente.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la sentencia de primera Instancia, no se pronunció respecto a la falta de inmediatez alegada, teniendo en cuenta, el tiempo que transcurrió entre la falta imputada al trabajador y la fecha del despido, y que, según la jurisprudencia, implica la condonación o perdón de la falta, lo que deviene en injusto el despido, por la decisión tardía de la demandada, para dar por terminado el contrato, habiendo exculpado al trabajador, quien además, insistió, no incurrió en las faltas imputadas, ni se demostró dentro del proceso que haya cometido dichas conductas.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, CITIBANK COLOMBIA S.A., solicito confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a Derecho.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se proceden a resolver los recursos de apelación interpuestos previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, conforme a lo establecido en el artículo 66 del CPTSS, la Sala, se limitará a determinar i) fue justa o no la causa de terminación del vínculo laboral; y ii) si la demandada, cumplió o no con el principio de inmediatez, entre la ocurrencia de los hechos y el despido del trabajador.

DEL CONTRATO DE TRABAJO

Quedó estableciendo el proceso, y no fue objeto de apelación, la existencia de un vínculo laboral entre las partes, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, suscrito el 25 de junio de 1996, y que, finalizó por

decisión lateral de la demandada, el 20 de septiembre de 2012; igualmente que, el ultimo cargo desempeñado por el demandante, fue el de counter de servicios, recibiendo como última remuneración la suma de \$2.954.800 (fls. 26, 27, 34, 97-99, 127-130 y 225).

DE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO Y EL PRINCIPIO DE INMEDIATEZ

Ahora, insiste el demandante, en su recurso, en que, no cometió las faltas imputadas como justa causa para terminar su contrato de trabajo, ni que hubo inmediatez entre las presuntas faltas endilgadas y su despido.

Sobre el presente asunto, son reiterados los pronunciamientos de la Jurisprudencia y la doctrina, respecto a que el trabajador debe demostrar el hecho del despido mientras que a la demandada le corresponde demostrar los hechos constitutivos de justa causa del mismo. En consecuencia, es el empleador quien debe demostrar, de manera fehaciente y sin ningún lugar a dudas, en primer lugar, que los hechos endilgados al trabajador constituyen justa causa y, en segundo lugar, que el trabajador incurrió en dichos hechos.

Por su parte, el Artículo 66 del CST que *“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”*. Es decir, que, al momento de despedir al trabajador, el empleador debe informarle las razones o causales que generan esa decisión, expresando de manera precisa e individual los hechos que la motivan.

Al respecto, en el presente caso, milita en el plenario comunicación del 20 de septiembre de 2012, por medio de la cual, CITIBANK COLOMBIA S.A., dio por terminado el contrato de trabajo del demandante, señalando como motivos determinantes de tal decisión, los siguientes:

“1. El Banco tuvo conocimiento en fecha 13 de agosto de 2012, que Usted de manera negligente, irresponsable y omisiva, en fecha 24 de julio de 2012, incumplió con la instrucción 028 del Banco, al no verificar los fondos de la cuenta del cliente TELMEX en el sistema Cosmos, tal y como lo establece la instrucción 028 que usted conocía, y sobre la cual había sido capacitado, generando un sobregiro de la cuenta del cliente TELMEX por valor de \$22.418.099.85 (veintidós mil cuatrocientos dieciocho millones noventa y nueve mil ochocientos cincuenta y dos pesos), situación que afectó de manera evidente la imagen del Banco ante el cliente.

Sumado a la anterior, es fundamental mencionar que Usted extralimitó sus funciones, pues autorizó la operación frente al pago de los impuestos del cliente TELMEX, sin realizar la verificación de los fondos de la cuenta del cliente TELMEX en el sistema Cosmos, situación que puso en un riesgo económico al Banco, pues al autorizar la operación ignorando de manera irresponsable la instrucción 028 que usted conocía, y sobre la cual había sido capacitado, generó que el débito del valor de los impuestos se generara sobre una cuenta que no contaba con los fondos para dicha operación.

(...)

6. Por último, es importante tener en cuenta que su conducta reviste mayor gravedad puesto que usted decidió incumplir sus obligación de verificar el sistema cosmos antes de autorizar la transacción al cajero y de forma inexplicable solicitó explicaciones al cajero sobre la grave falta de su parte, extralimitándose en sus funciones y reconociendo que dejó de cumplir con sus obligaciones al ocultar esta grave situación; cabe destacar que dicha actitud fue aceptada por usted en la diligencia de descargos realizada en fecha 29 de agosto de 2012 ...

Los hechos relatados anteriormente constituyen justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo. su conducta irresponsable, abusiva y negligente resulta inaceptable para el Banco, ya que usted incumplió de manera grave las obligaciones contenidas en el contrato laboral que tenía suscrito con el Banco di en el reglamento de trabajo.

Por todo esto, la Compañía ha decidido dar por terminado su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con los numerales 2°, 4 y 6° del literal a) del artículo 7 ° del Decreto ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con los numerales 1° y 5° del artículo 58 y el numeral 8 del artículo 60 del mismo Estatuto...”

A folio 30 y 123 obra acta de descargos del señor Diego Edison Jiménez Linares, de fecha 29 de agosto de 2012, en la que dijo que, el 24 de julio de 2012, se presentó en la sede del Banco, “el mensajero de Telmex a la ventanilla para hacer un pago de impuestos por el monto de \$29.404.016.000 con carta para débito a la cuenta, el cajero lo procesó por el módulo de CSSA haciendo un retiro de la cuenta y no por el módulo de Cosmos, me solicitó una autorización por monto para el pago de impuestos, yo doy la autorización, luego cuando recibo la carta efectuó todas las validaciones necesarias para la aprobación de los impuestos y es cuando detecto que la cuenta no tiene fondos suficientes, lo que hago es solicitar la aprobación a corporativo, como la operación ya había sido procesada los fondos ya habían sido debilitados de la cuenta, cuando yo hablo con corporativo me dice que la operación ya estaba debilitada y que no estaba autorizada, entonces me informa que debo escalar ya que éste no es el procedimiento correcto ya que debe solicitarse primero la autorización antes de procesar la operación luego llamó a Mauricio y a Jairo y los pongo al tanto de la situación”; aceptó que él autorizó el retiro de los fondos a través del sistema CSSA, generando un sobregiro en la cuenta del cliente, porque el detalle decía pago de impuestos y en días anteriores al hecho, había reinstruido a los cajeros sobre el procedimiento, pero, a su vez, reconoció que el procedimiento establecido para la ejecución de operaciones recibidas mediante carta para el pago de impuestos, es “como lo dice la instrucción 028 es decir por Cosmos ya que así valida fondos”. Dijo no haber cumplido la instrucción 028; que, su “error puntual fue haber autorizado antes de revisar la operación, yo no me percaté del valor del mundo ya que no revisé los detalles del cajero en ese momento (...) para esa operación específica no consulte el detalle de la transacción (...) no me cerciore de la operación, no verifique”; que, no escaló el inconveniente, ni a la gerencia de DSS, porque llamó al corporativo para solicitar la autorización, ni informó a la gerencia administrativo, “porque le di prioridad a resolver el problema del sobregiro”.

A folio 124 obra el instructivo 028 del 02 de enero de 2012, relativo al recaudo de impuestos, donde la demandada informa que, *“...hemos hecho una modificación en el sistema para que los pagos de impuestos nacionales y aduanas con cheque citi o débito a cuenta se hagan ahora a través del módulo de cosmos directamente. El módulo debitará en línea los fondos de la cuenta del cliente el caso de cheque lo pagará, validando stop payments y para ambos casos disponibilidad de fondos inter requerir pedir aprobación de un oficial”*.

También se allegó, solicitud de explicación por parte de la Gerente de Gestión Administrativa y Servicio al Cliente de la demandada, dirigida al demandante, de fecha 6 de agosto de 2012 ante la falta de escalonamiento a la Gerencia de Distribución Services de la situación presentada con TELMEX el 24 de julio de 2012 (fls. 28 y 116); y, la respuesta dada por el señor Diego Edison Jiménez Linares, el 9 de agosto de 2012 indicando que *“El mensajero de la empresa en referencia se acerca directamente a la ventanilla con la asistente de cuenta al realizar pago de impuestos con carta para debitar su cuenta por valor de 29 mil millones, la cajera ejecuta la operación sin realizar el procedimiento y controles necesarios estipulados para este tipo de transacciones, al remitirme los formularios y la carta inmediatamente me alerta el valor del pago y dentro de mis funciones como supervisor entro a hacer la verificación del caso, detectó que dicha cuenta no tiene el saldo suficiente para realizar este pago, que es necesario solicitar aprobación a corporativo por medio de Nelly Jiménez, lo cual realiza inmediatamente tal como se hace normalmente, ya que el monto me generó gran preocupación y había transcurrido poco tiempo de haberla realizado, después procedo a comunicarme con el sr Mauricio Duarte (Gerente BOF), quien a su vez me comunica en conference con Jairo Rendón (VPA, control y cumplimiento) a quién le informó lo sucedido y me indica que espere su llamada para darme instrucciones de cómo proceder, finalmente verifico nuevamente la cuenta y el cliente ya tenía los fondos suficientes para la operación, comunicó nuevamente a Jairo por medio de Mauricio quien me autoriza a realizar la aprobación de los impuestos. informe a la gerencia de DSS de lo sucedido no en primera instancia como se sugirió en el conference ya que como reiteró decidí pedir la autorización porque el monto de la operación me generó mucha preocupación”* (fls. 29 y 117).

Igualmente, se allegó la diligencia de descargos, de la señora Eliana Guevara, cajera involucrada en el sobregiro, quien manifestó que, *“... no tenía conocimiento que el módulo de CSSA no controla saldos de las cuentas corporativas por eso asumí que la cuenta tenía los fondos disponibles para pagar esos impuestos, el retiro lo realice normal, pedí autorización como corresponde por el monto de la operación que se estaba realizando, Diego Jiménez lo autorizó y CSSA aceptó la operación y finalmente proceda a recaudar los impuestos en efectivo. yo pasé la carta junto con los impuestos a Diego para su revisión y aprobación, luego escucho a Diego diciendo que tiene problemas con los impuestos y me pregunto que si yo había revisado si la cuenta tenía saldo ya que estaba sobregirada por más de \$20.000.000.000, yo le respondí que no, me indicó que la cuenta no tenía saldo disponible para procesar la carta, Diego llama a pedirle autorización para soportar el por qué la cuenta queda sobregirada. Quedamos pendientes de la autorización y sobre las 5:00 pm queda la cuenta con fondos ya que el cliente cubrió el sobregiro”* (fl. 119-121).

Al absolver interrogatorio de parte, la representante legal del Banco demandado, informó que, en comunicación del 09 de agosto de 2012, el trabajador dio una explicación, atribuyéndole la responsabilidad a la cajera, sin hacer alusión a que él había omitido hacer la verificación de la transacción, y que, posteriormente cuando se dio cuenta procedió a pedir las autorizaciones y decir que estaba muy preocupado por el monto de la operación; sin embargo, el 13 de agosto de 2012, se llamó a la cajera a rendir descargos, y allí es donde el Banco, realmente tiene conocimiento respecto a lo sucedió, esto es, que, ella había solicitado la autorización de su counter supervisor, el señor Jiménez Linares, y éste a su vez había dado la aprobación para hacer efectivo el pago de cerca de \$29.000.0000.000, generando un sobregiro en la cuenta del cliente, que no había sido autorizado, que no había cumplido con los procedimientos; y que, reiteró realmente sólo hasta el 13 de agosto de 2012, el Banco pudo enterarse de cómo habían ocurrido realmente los hechos y el incumplimiento de los deberes del señor Jiménez; que, el demandante, llevaba más de 5 años desempeñando el cargo de counter supervisor, y por tanto, tenía la responsabilidad de estar permanentemente capacitado y actualizado en los instructivos, además, informó en la diligencia de descargos que sí tenía conocimiento de la instrucción 028; que, contrario a lo expresado por el actor, en la demandante, el mismo día del incidente, no hubo un canje en la cuenta del cliente TELMEX, que cubriera el sobregiro, lo que sí ocurrió es que, durante el día 24 de julio de 2012, se presentaron un sinfín de operaciones en la cuenta del cliente, que no sólo correspondieron a canje, sino a transferencias y pagos, a través de los cuales al final del día se logró cubrir el sobregiro que se había generado y que ocasionó una inconformidad del cliente, quien presentó queja verbal en la Sucursal Rosales, poniendo en riesgo al Banco, ya que, el mismo pudo no haber sido cubierto, por \$22.418.000.000, además del daño reputacional que hubiese implicado para la Entidad financiera; que, el trabajador, previo a la autorización de la transacción, debió haber consultado con el área corporativa, el valor de la misma, pero, no cumplió dicho protocolo, establecido en circular 028; que, no era la primera vez, que el trabajador incurría en el incumplimiento a sus obligaciones, pero a raíz de los descargos de la cajera, también se citó al demandante a descargos, donde aceptó haber aprobado sin revisar los saldos de la cuenta, y no haber informado oportunamente a sus superiores, de ahí que, el 20 de septiembre de 2012, la compañía, dio por terminado el contrato de trabajo del actor, teniendo en cuenta la omisión, gravedad de la falta, cuantía y antecedentes del señor Jiménez.

Por su parte, el demandante indicó que, en virtud del cargo que desempeñaba como counter supervisor, tenía conocimiento de la instrucción 028, pero no por una “*capacitación magistral*” del Banco, sino porque se le facilitó en una de las sucursales donde hacía reemplazos; que, en virtud de su cargo, tenía la obligación de autorizar las operaciones relacionadas con sobregiros; que, efectivamente el 24 de julio de 2012, él no cumplió con la instrucción 028, ya que no solicitó autorización para

aprobar el sobregiro del cliente TELMEX, pero, que 2 horas del pues al darse cuenta de la equivocación, él le informó al señor Jairo Rendón, vicepresidente de procesos, y la llamada fue recibida por Mauricio Duarte, por lo que, sobre las 5:00 p.m., recibió la instrucción para terminar con la operación, pues, aunque había autorizado el pago, no había dado la orden para que el pago viajara a la DIAN, y esa fue la instrucción final del señor Rendón; que, el cargo de counter supervisor, lo desempeñó cerca de 3 o 4 años u para ocuparlo, básicamente se tiene en cuenta la experiencia y trayectoria en el Banco, que en el caso de él era de aproximadamente 17 años; que tuvo sanciones y varios llamados de atención durante la relación laboral con el demandado; que, cuando fue requerido por la Gerencia de Gestión Administrativa, para informar qué había ocurrido el 24 de julio de 2012, él dio una explicación general del procedimiento, pero que su intención no fue inculpar a la cajera, sino que, como admitió en la diligencia de descargos, siempre reconoció su responsabilidad en el hecho.

Se recibieron las declaraciones de Jairo Alberto Rendón Molina, Ana Yazmin Fresneda Cifuentes y Diana Marcela Guzmán Segura, quienes al unísono manifestaron conocer a la demandante, por ser también trabajadores del CITIBANK COLOMBIA S.A.; respecto a los hechos fueron coincidentes en señalar que el demandante, incumplió un procedimiento en la operación y controles que debía hacer señor Diego Edison, en la sucursal Rosales, donde trabajaba; que, el cliente TELMEX, presentó en la Oficina una operación de pago de impuestos que tenía que hacerse a través de un débito de la cuenta del cliente, la operación fue recibida por una cajera, ella la procesa en una plataforma de caja, requiere una aprobación del supervisor, que era el demandante, él dio la aprobación sin percatarse que estaba generando un sobregiro a la cuenta del cliente, por cerca de \$22.000.000.000, sin cumplir el procedimiento que era llamar a un área interna del Banco, parte de la banca corporativa, pedir la aprobación, corporativa verifica con unos oficiales que tienen los límites para autorizar un sobregiro, y así dar la aprobación, pero en ese caso, no fue así, el señor Diego Edison Jiménez Linares, procesó y autorizó la operación directamente, omitiendo este trámite y tampoco le informó a la gerencia; que, el actor, pidió la aprobación luego de haberse generado el sobregiro, por lo que se le solicitó, cuando trató de regularizar la operación, que realizara el escalonamiento al área correspondiente; que, todas las operaciones de caja, están plasmadas en el boletín 046 y en la instrucción 028 donde se establece la forma de pago de impuestos, a través de un módulo que se llama Cosmos, donde se confirman los fondos, pide un override, que no se siguió en esa transacción; que, todos los boletines o instrucciones son dados a conocer al personal del Banco, por diferentes medios, correo electrónico, publicación en páginas internas del Banco; que, el actor, inicialmente dijo que una cajera había procesado mal el pago de unos impuestos del cliente TELMEX, pero ella en sus descargos, informó que había pedido la aprobación del demandante, y al citarlo a descargos, aceptó y asumió la responsabilidad por haber aprobada la operación, sin seguir los procedimientos.

Analizados en conjunto los medios de prueba antes señalados, concluye la Sala, que, el demandante incurrió en una violación grave de sus obligaciones como counter de servicios en la sucursal Rosales del CITIBANK COLOMBIA S.A., al autorizar directamente, el débito para el pago de un impuesto, de la cuenta del cliente TELMEX, sin tener en cuenta la cuantía de la operación y pedir las autorizaciones previas al área de la Banca corporativa, ocasionando un sobregiro, que, si bien como explicó la representante legal del demandado, con los movimientos y transacciones que tuvo durante ese día la cuenta bancaria, pudo cubrirse, no es excusa válida y suficiente para justificar la omisión e incumplimiento de los protocolos de operaciones establecido por la entidad Bancaria, y de los cuales el mismo actor, dijo tener conocimiento, no sólo por haber leído el instructivo 028, sino por tener más de 17 años al servicio del Banco, por lo tanto, resulta acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, en cuanto a la justicia del despido del que fue objeto el demandante.

Ahora, en lo que se refiere a la falta de inmediatez alegada por el demandante, al haber transcurrido más de 2 meses, entre la decisión unilateral de terminar el contrato tomada por la entidad bancaria con base en una justa causa y la fecha en que ocurrieron los hechos constitutivos de la causal, es preciso señalar que, la jurisprudencia en materia laboral de vieja data ha indicado que el despido no deja de ser oportuno cuando el empleador se toma el tiempo necesario para efectos de constatar la responsabilidad del trabajador en los hechos a constituir la justa causa, al respecto, señaló la Sala de Casación Laboral, en sentencia del 17 de mayo de 2001, con radicación 36014, que:

“En similares términos recordó la Corte en sentencia de 16 de julio de 2007 (Radicación 28682), lo siguiente:

Asimismo, se impone traer a colación la sentencia de 30 de julio de 1993, radicado 5889, citada por el demandante en el recurso de apelación, en la cual la Corte razonó así:

"(...) En efecto, es de esperar que un empleador prudente se cerciore suficientemente acerca de la forma como ocurrieron los hechos constitutivos de la violación del contrato, y asimismo sobre otras circunstancias que puedan tener influencia en la grave decisión que habrá de privar del empleo al trabajador, sin olvidar que, además, el empresario puede estar obligado por convención o reglamento a cumplir ciertos trámites previos al despido, o que desee simplemente acatar las pautas que sobre la materia señala la Recomendación 166 de la Organización Internacional del Trabajo.

“Lo que la jurisprudencia de la Corte ha precisado como voluntad del legislador es que entre la falta y la sanción debe existir una secuencia tal que para el afectado y para la comunidad laboral en la cual desarrolla su actividad no quede ninguna duda acerca de que la terminación unilateral del contrato se originó en una determinada conducta del trabajador, impidiendo así que el empleador pueda invocar incumplimientos perdonados o infracciones ya olvidadas como causales de un despido que, en verdad tiene motivación distinta, pero esto no significa, que el empresario esté obligado a

precipitar decisiones que, tomadas apresuradamente, en muchos casos redundarían en perjuicio de los intereses de los propios trabajadores...”

Revisando con detenimiento el plenario, se advierte que, no acierta el recurrente al tratar de demostrar la falta de inmediatez en el presente caso, comoquiera que, los hechos que justificaron el despido del trabajador se produjeron el 24 de julio de 2012; el 06 de agosto de 2012, la gerente de gestión Administrativa, le solicitó al actor, una explicación respecto a la situación presentada (fls .28 y 116), el 09 de agosto de 2018, el señor Jiménez Linares, dio su respuesta (fls. 29 y 117); la demandada, inicialmente citó y escuchó en descargos a la cajera Eliana Guevara, el 13 de agosto de 2012 (fls. 118-121); y como señaló la representante legal al absolver interrogatorio de parte, sólo después de escuchar a la señora Guevara, la Entidad Bancaria, consideró que existían méritos para citar a descargos al demandante, pues, antes no habían detectado la omisión de éste en el procedimiento. El trabajador fue citado, mediante comunicación del fecha 23 de agosto de 2012 (fl- 122), rindió descargos el 29 de agosto de 2019 y la terminación del vínculo laboral, se produjo el 20 de septiembre de 2012, lo cual, para esta Sala, es un plazo razonable, en el que el empleador, tuvo la oportunidad de indagar y corroborar la responsabilidad del demandante en los hechos; por lo que, mal puede entenderse, como pretende el actor, que hubo una condonación de la falta por el paso del tiempo.

Resultan suficientes las consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. Las de primera se confirman.

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 15 de noviembre de 2019, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por **DIEGO EDISON JIMENEZ LINARES** en contra de **CITIBANK COLOMBIA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

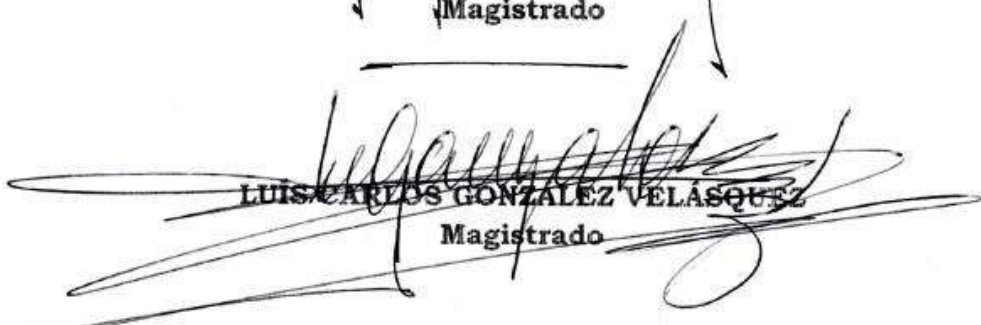
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00, a favor de la demandada. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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. 110013105037201900720-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 21 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GUSTAVO ADOLFO SAAIBI SOLANO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

ANTECEDENTES

Gustavo Adolfo Saaibi Solano pretende que se declare la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado del demandante al RAIS, ante la omisión de Protección S.A. del deber de información; que se ordene su traslado y afiliación al RPMPD administrado por Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del principio de favorabilidad; ordenar a Protección 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 hubiesen causado, gastos de administración o cualquier otro, debiendo sumir dicho fondo con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la

pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración; condenar a Protección S.A. en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo privado al momento de dictarse la sentencia, a seguir pagando la misma a la demandante, hasta tanto sean trasladados a Colpensiones; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 20 de enero de 1984 a Corporanónimas, en razón a la vinculación laboral con la Superintendencia de Sociedades; que posteriormente se afilió al ISS a partir del 30 de marzo de 1989. Que como consecuencia de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados, se traslado al RAIS administrado por Protección S.A. el 21 de abril de 1994 a través de un promotor, que al momento de la vinculación se limitó a llenar un formato preestablecido, sin entregarle 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 en el que inicialmente se encontraba, adicional a que no se le realizaron proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor del monto pensional.

Que elevó solicitud de anulación de traslado ante ambas entidades demandadas, sin embargo, que Colpensiones negó dicha solicitud, y Protección S.A. no proporcionó respuesta alguna.

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 ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con las afiliaciones efectuadas a cada una, las peticiones presentadas, y las negativas de declarar la nulidad del traslado.

COLPENSIONES propuso la excepción previa de falta de integración del contradictorio, y como perentorias, las que denominó error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, e inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de junio de 2021, fecha que consta en el video de la diligencia, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado que efectuó Gustavo Adolfo Saaibi Solano del ISS a Protección S.A. que tuvo como fecha de suscripción el 24 de abril de 1994, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida corresponde a la del RPMPD; condenar a Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros; condenar a Colpensiones a admitir el traslado de régimen pensional del señor demandante, y a aceptar los valores que remita Protección S.A.; declarar no probadas las excepciones propuestas, sin condena en costas; y conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la **Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones** interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, por cuanto la suscripción del formulario se realizó bajo la capacidad del demandante para suscribir un acuerdo de voluntades que genera obligaciones recíprocas para ambas partes; adicionalmente, que el demandante debía conocer las normas que regulaban el sistema pensional, sin que para la época se solicitaba mayores requerimientos, únicamente el formulario de afiliación y la voluntad que consta en este, sin que este hubiese sido coaccionado, pues manifestó que compañeros de trabajo no se afiliaron, y no fueron despedidos como lo indicó en el interrogatorio.

Refiere que debe tenerse en cuenta que la inconformidad del actor gira entorno a lo que sería el monto de su mesada pensional, la cual se encuentra definida en la ley, y que, esta no obedece a la arbitrariedad de las administradoras de pensiones, situación que no da lugar a la ineficacia o traslado pensional, pretendiendo el demandante beneficiarse de su falta de diligencia, al no verificar la información de que el ISS se acabaría.

Adicionalmente, que debe tenerse en cuenta el equilibrio financiero establecido en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 001 de 2005, aunado al principio de sostenibilidad financiera, pues de reconocerse la pensión, se generaría un detrimento patrimonial.

Asimismo, solicita que de confirmarse la sentencia de primera instancia, se confirme la absolución de costas, y se confirme la devolución de aportes, con los respectivos rendimientos, y se acceda a la devolución de gastos de administración, y así sopesar el menoscabo patrimonial que se le haría a la entidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, señalando la prohibición en la que se encuentra el demandante para retornar al RPMPD, aunado a que no se demostró que el actor hubiese sido engañado al tomar una decisión desfavorable a sus intereses, más aún, cuando permaneció en el RAIS, sin manifestar inconformidad alguna.

Tanto la parte actora como Protección S.A. guardaron silencio.

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 hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad o si en efecto no procede como lo manifestó la recurrente, **ii)** si el interrogatorio de parte no fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** Si Protección S.A está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por Colpensiones afecta la sostenibilidad financiera del sistema, **v)** si es procedente la absolución de costas a favor de Colpensiones. 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 64 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Cesantías y Pensiones Colmena, diligenciado el 21 de abril de 1994; a folio 64 vto obra copia del formulario del traslado horizontal realizado a Skandia S.A. diligenciado el 24 de noviembre de 2005, y a folio 66, la vinculación efectuada a Protección S.A. el 1 de junio de 2012, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte que absolvió el demandante, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su traslado de régimen, indicó que en el año 1994 trabajaba en una empresa llamada Leasing Colmena, y que la persona encargada del área de recursos humanos se comunicó con él, y le indica que son una empresa del grupo Colmena, y que con el fin de ayudar al mismo, necesitaban que se vinculara a dicho fondo de pensiones, proporcionándole un documento que ya contenía su cédula y su nombre para que firmara, y por lo tanto así procedió, sin que mediara asesoría de por medio; que no tenía conocimiento de la Ley 100 de 1993; que su traslado a Old Mutual se dio, porque los directivos de la empresa en la que trabajaba se comunicaron con él, para petitionarle que se traslada, por cuanto estaría ayudando a una persona que se habría retirado de la empresa, pues le pagarían una comisión por el traslado de él y de otro compañero; que posteriormente se afilió a Protección S.A., sin que hubiese explicaciones, salvo la de que Protección es el mejor fondo, y estaría completamente asegurado. Que esta decisión se dio por cuanto una persona de la empresa que se encargaba de la nómina y de los fondos, le indica que no puede hacer lo que tiene que ver con Old Mutual, por no conocerlo, y que al acercarse el asesor de Protección, le sugirió que hablara con él; que no ha recibido re asesoría, así como tampoco se acercó a las AFP para solicitar información que se esclarezcan su futuro pensional; que no leyó los formularios de afiliación; que actualmente se encuentra cotizando a pensión; que si bien se sintió coaccionado por su empleador, a ninguno de sus compañeros lo despidieron por no trasladarse; que no sabía que sus aportes se consignarían en una cuenta individual; que si conoce que su pensión sería heredable; que no ha realizado aportes voluntarios.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaban las AFP, obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, Protección S.A. no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Gustavo Adolfo Saaibi Solano 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 ella 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 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 Colmena 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, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

Ahora, 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración a la cual no accedió el juzgado de primera instancia, se revocará y se accederá a lo apelado, 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 acceder a este punto de apelación. En tal sentido 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 error 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 cubre 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 ibídem-.

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.”

DE LA IMPOSICIÓN EN COSTAS

El artículo 365 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación,

queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Por lo tanto, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su exoneración.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 21 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Gustavo Adolfo Saaibi Solano, en cuando no se accedió a la devolución de gastos de administración por

parte de Protección S.A. con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para en su lugar, **ORDENAR** a Protección S.A. a trasladar además de los emolumentos indicados en la sentencia de primera instancia, los gastos de administración, como consecuencia de la declaratoria de la nulidad surtida en dicha instancia judicial.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 21 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en todo lo demás, conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

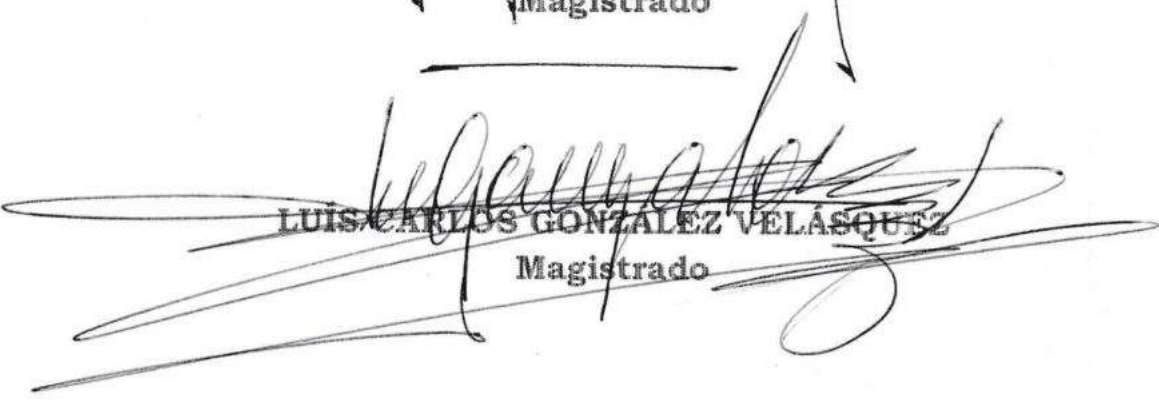
TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE 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. 110013105018201900734-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandante contra de la sentencia de primera instancia proferida el 30 de agosto de 2021 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **JORGE ENRIQUE COLORADO GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

ANTECEDENTES

JORGE ENRIQUE COLORADO GONZALEZ, pretende que se declare la nulidad del traslado y su respectiva afiliación al RAIS ante la omisión de las AFP COLMENA, SANTANDER e ING hoy PROTECCIÓN S.A del deber profesional de brindar información; y como consecuencia, se profieran las siguientes ordenes: **i)** el traslado y la afiliación al RPMPD administrado por COLPENSIONES como si nunca hubiese dejado de cotizar en este régimen pensional, **ii)** a PROTECCIÓN S.A la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación con sus respectivos rendimientos

conforme al art 1746 del C.C y a seguir pagando la pensión otorgada hasta tanto sean trasladados por está todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y hasta que esta última entidad incluya en nómina de pensionados, **iii)** a COLPENSIONES a expedir el acto administrativo respectivo de reconocimiento y pago de la pensión de vejez reconocida por la AFP a partir del cumplimiento de los requisitos de acuerdo con lo establecido en la ley 100/1993 del art 33 y ss, junto con el retroactivo respectivo teniendo en cuenta las cotizaciones que este realizó a esa entidad de seguridad social y las cotizadas en los diferentes fondos en el RAIS descontando el retroactivo los valores de las mesadas que ya fueron pagadas por el RAIS; **iv)** a COLPENSIONES de los descuentos en salud del retroactivo pensional para que se realicen únicamente sobre el valor asumido por las diferencias pensionales pagadas, **v)** a COLPENSIONES a pagar los intereses de mora de que trata el art 141 de la ley 100/1993 por la mora en el pago de las diferencias pensionales a partir de la primera mesada pensional y teniendo en cuenta la reclamación presentada al respecto y a futuro hasta que se verifique el pago de la pensión, **vi)** a las demandadas en forma solidaria y mancomunada a pagar a título de indemnización por el traslado realizado sin el consentimiento informado el valor de las mesadas que eventualmente se declaren prescritas, y **vii)** a PROTECCIÓN S.A a reintegrar la disminución en el capital de financiamiento de la pensión por los gastos de administración o cualquier otro de conformidad con el art 963 del C.C a COLPENSIONES y a la devolución por concepto de reliquidación de la mesada pensional sobre la diferencia que arroja por la misma por parte de COLPENSIONES a partir del año 2017 hasta la fecha en que sea incluido en nómina de pensionados por parte de COLPENSIONES, costas y agencias en derecho, y lo que resulte ultra y extra petita. (fls 2-18)

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que se afilió en 1974 al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES; se afilió al RAIS administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA AIG S.A el 9 de noviembre 1998; la AFP COLMENA AIG y la AFP DAVIVIR se fusionaron en el año 2000 y nació el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER y este fue comprado por ING; al momento del traslado a COLMENA solamente realizó la afiliación en el formato preestablecido sin entregarle proyecciones, comparativos entre ambos regímenes; ni le informó sobre la situación de su cónyuge, compañero permanente, hijos con pérdida de capacidad laboral; tampoco le explicaron hasta qué edad debía cotizar en la AFP y con qué base de cotización debía hacerlo para alcanzar una pensión de vejez similar a la que recibiría en COLPENSIONES, ni le mencionaron el derecho de retracto, entre otros aspectos; el 16 de julio de 2012 radicó afiliación al ISS la cual fue aprobada de 1 de septiembre de 2012; por necesidad económica aceptó la pensión de vejez bajo la modalidad de garantía de pensión mínima por parte de PROTECCIÓN S.A; en el 2019 recibió una mesada pensional de \$828.116; luego de un estudio actuarial se estableció que en COLPENSIONES para el año 2017 su pensión sería de \$982.770 evidenciándose así una diferencia de \$245.054; COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A no han realizado la anulación de la afiliación; y

actualmente se encuentra recibiendo una mesada pensional de PROTECCIÓN S.A. (fls 2-18)

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 a cada una de ellas, la fusión de las AFP COLMENA y DAVIVIR, que SANTANDER fue comprado por ING, el certificado expedido por COLPENSIONES donde aprobó el traslado al RPMPD, el certificado de afiliación a COLPENSIONES.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al RPMPD, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, la genérica y la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Carp CD folio 72)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación cuando el demandante es un pensionado del RAIS, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, pagó, compensación, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, la genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y el reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (PDF 6).

DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PROTECCIÓN S.A pretende que se declare que a solicitud del demandante le reconoció la pensión de vejez desde el 1 de diciembre de 2017 e ingresó a nómina de pensionados a partir del mes de enero de 2018, con una mesada pensional correspondiente a una pensión de garantía mínima, mientras que para el año 2020 el pago de la pensión de vejez lo es por valor de \$877.803; y como consecuencia, se condene a reintegrar a PROTECCIÓN S.A los valores que está AFP le ha pagado por concepto de mesada pensionales de vejez desde la fecha de la causación desde el 17 de enero de 2018, hasta la ejecutoria de la sentencia; se ordene a pagar las condenas antes indicadas con la rentabilidad que este dinero habría producido de haber permanecido

bajo la administración de PROTECCIÓN S.A., se autorice a suspender el pago de la mesada pensional hasta tanto se resuelva el presente litigio con la respectiva nota ejecutoria y costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicita que se condene a pagar las condenas invocadas de manera indexada hasta la fecha de su pago efectivo.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que el señor JORGE COLORADO presentó solicitud de pensión de vejez el 11 de noviembre de 2016 ante PROTECCIÓN S.A; que la autorizó para realizar los trámites para la obtención del valor del bono pensional y aprobó su historia laboral; que realizó el análisis y proyección de la pensión con base en los dineros depositados en su cuenta de ahorro individual concluyendo que contaba con el derecho al reconocimiento de una pensión de garantía mínima por lo que le fue aprobada su solicitud pensional; que le reconoció la pensión de vejez de conformidad del art 64 de la ley 100/1993 a partir del 1° de diciembre de 2017, por lo que se encuentra en la nómina de pensionados desde el mes de enero de 2018; y que a la fecha se encuentra pagándole sus mesadas pensionales y que escogió la modalidad de retiro programado. (Carpeta Cd Folio 82, Fls 1-9)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de agosto de 2021 el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver a las entidades demandadas de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda, y absolvió al demandado en reconvención de las pretensiones invocadas, sin costas en la instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad y en su lugar se acceda a las pretensiones, considerando que los fondos de pensiones deben garantizar una decisión informada, autónoma, consciente, clara y suficiente de los efectos que acarrearán el cambio de régimen so pena de declarar ineficaz ese traslado pues este debe realizarse bajo los parámetros de libertad informada que en este caso no se cumplió, debiéndose tenerse en cuenta la línea jurisprudencial que habla sobre la nulidad del traslado basándose en el deber de información.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido las partes guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por parte demandante, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al negar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por ostentar la calidad de pensionado, en dicho régimen.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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).

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 permite que su decisión sea concreta y real.

Por tanto, 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.

Ahora bien, además de los presupuestos antes mencionados, ha expresado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 84475 del 10 febrero de 2021, que para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, el demandante no debe haber adquirido el estatus jurídico de pensionado, pues *“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*; razón por la cual, esa Corporación, determinó *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*; resaltando que, el pensionado, que se considere lesionado en su derecho puede reclamar la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido

oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, indicó:

“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

(...)

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”

En el presente caso, militan como pruebas las reclamaciones de nulidad de traslado presentadas por el demandante ante COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN S.A., con su correspondiente respuesta por parte de esa última (fls. 42-44 PDF No. 01); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 22-29 PDF No. 01); historia laboral consolidada del actor en la AFP PROTECCIÓN S.A (fl. 50-60 PDF No. 01); formulario solicitud de vinculación o traslado al fondo de pensiones obligatorias PROTECCIÓN S.A, de fecha 9 de noviembre de 1998 (fls.45 PDF No. 01); certificación de información laboral para bono pensional (fls. 46-48 PDF No. 01); certificación de reconocimiento de la pensión de vejez, por parte de la AFP PORVENIR S.A., al demandante a partir del 17 de enero de 2018, en la modalidad de retiro programado con una mesada pensional de \$877.803 para el año 2020 (fl. 67 Carpeta Cd Folio 82); consulta SIAF (fl. 84 PDF No. 01); reconocimiento de pensión de vejez presentada por el demandante el 11 de noviembre de 2016 en la AFP PROTECCIÓN S.A (fl. 49-57 CARPETA CD FOLIO 82); y, comunicación de reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante (fls. 68 Carpeta Cd Folio 82)

Así las cosas, del anterior material probatorio puede colegir la Sala que aun cuando la AFP PROTECCIÓN S.A., no acreditó el cumplimiento de su deber de información, brindándole al demandante información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características del RAIS, las posibles consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional, al habersele reconocido al actor la pensión de vejez desde 17 de enero 2018, por parte de la AFP PROTECCIÓN S.A., se tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que al tenor del precedente

jurisprudencial antes citado, no es posible revertir, resultando acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia al negar las pretensiones de esta acción.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 30 de agosto de 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JORGE ENRIQUE COLORADO GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000.00., a favor de cada una de las demandadas. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CARRÁN
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. 110013105024201900739-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 25 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **VICTORIA EUGENIA CABAL ESCANDÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Iván Darío Cifuentes Martín, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.023.872.033 y tarjeta profesional 241.846 del C.S.J., como apoderado sustituto de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Victoria Eugenia Cabal Escandón pretende que se declare la ineficacia del traslado realizado a Porvenir S.A.; que se declare que Porvenir S.A. y Protección S.A. incurrieron en omisión en el deber de información; que se declare que aun está afiliada al RPMPD, y que tiene derecho al régimen de transición; que se condene a Porvenir S.A. al traslado de los aportes cotizados a Colpensiones, condenando a esta última a aceptar dichos emolumentos, y a registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 1 de febrero de 192, reconociéndole el derecho al régimen de transición, y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez; a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que se afilió al ISS el 1 de febrero de 1982, estando vinculada el 1 de abril de 1994, fecha de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993.

Que posteriormente, se afilió a Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. el día 15 de julio de 1999, a través de un asesor que no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, que no le elaboró una proyección pensional que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su pensión teniendo en cuenta el bono pensional, pero si le indicó que el ISS se acabaría, y que se podría pensionar a cualquier edad.

Que pese a que ha remitido peticiones a Colpensiones y Porvenir S.A. para retornar a la administradora del RPMPD, no ha obtenido respuesta favorable.

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 Colpensiones, en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con las afiliaciones al ISS y a Porvenir S.A., la petición elevada a Colpensiones y su contestación; Porvenir S.A. y Protección S.A. en su totalidad manifestaron no ser ciertos o no constarle.

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

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó 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, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de agosto de 2021, el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por Victoria Eugenia Cabal Escandón del RPMPD al RAIS; ordenar a Porvenir S.A.

a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia; ordenando a Colpensiones a recibir dichos aportes y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora; condenar en costas a las demandadas; absolver a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra; declarar no probadas las excepciones propuestas, remitir copia de la providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica; en caso de no ser apelada la sentencia, se concede el grado jurisdiccional de consulta de favor de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de Porvenir S.A. y Colpensiones interponen recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, bajo los siguientes argumentos:

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** aduce que no le asiste razón al fallador de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado en base a una falta de información, teniendo en cuenta que para la época del traslado de la demandante con Colpatria, su representada cumplió con la totalidad de las exigencias normativas a su cargo, teniendo como única exigencia que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado de régimen pensional, y que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario, tal y como pasa en el presente proceso; adicionalmente, refiere que la accionante ha ratificado su voluntad de permanecer en el RAIS con su permanencia.

Que no es razonable, declarar la ineficacia con sustento en algún vicio del consentimiento, el cual no se evidenció, sin que se observe error, fuerza o dolo, y que, de ser así, se tuvo que declarar la nulidad del respectivo traslado, la cual quedaría saneada por ratificación tácita, o por los diferentes traslados horizontales realizados.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES refiere que la señora Victoria Cabal se encuentra dentro de la prohibición para retornar al RPMPD por contar con 63 años, pudiendo adquirir actualmente una pensión de vejez, y que solo hasta el 2019 eleva petición de traslado ante Colpensiones.

Adicionalmente, que la demandante tiene acumulado un capital en su cuenta de ahorro individual, que para el momento tiene un total de 210 semanas, y el requisito es 750.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó al despacho abstenerse de imponer condena en su contra, toda vez que el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, entendiendo que la administradora es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre el actor y Porvenir S.A., aduciendo que la decisión genera un alto impacto en la seguridad

social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines. Asimismo, solicita que sea la AFP quien asuma la diferencia de la mesada pensional, en caso de confirmarse la decisión.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** remitió alegatos de conclusión, aduciendo que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó ni se probaron los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico de traslado. Adicionalmente, que no puede desconocerse que siempre se le garantizó a la parte actora el derecho de retracto, lo que se prueba con la publicación realizada en el diario el Tiempo el 14 de enero de 2004.

Refieren que no es viable imponer cargas distintas a la AFP, a las previstas en las leyes existentes al momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues constituye una violación al debido proceso y a la confianza legítima.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, y **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD. 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 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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 81 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS al Fondo de Pensiones Colpatria, diligenciado el 15 de julio de 1999; a folio 212 obra copia del formulario de vinculación a la AFP ING diligenciado el 31 de marzo de 2008, y folio 264 el diligenciado el 15 de septiembre de 2009, con Horizonte, prueba que en principio es concreta en el sentido de que los traslados se realizaron de forma correcta.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte de la señora Victoria Eugenia Cabal, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su vinculación a la AFP Colpatria, indicó que antes trabajaba con la Universidad Javeriana, y allí les habían realizado unas reuniones grupales en las cuales los asesores de dicha entidad les explicaron los beneficios que tenían trasladarse de fondo, aduciendo que el ISS se acabaría; que en el proceso de firma de los documentos, se retiró de la empresa para la que trabajaba, y el asesor fue a la entidad en la que empezó a laborar, y así se completó el traslado. Respecto a los beneficios, refiere que el asesor de Colpatria les indicó que de pasarse a un fondo privado, tendría la posibilidad de pensionarse en el momento que quisiera, y que su cuota pensional sería superior a la que podría tener en el ISS; que no le indicaron como podría obtener una mesada superior, ni los requisitos para acceder a ella; que no se le indicó cuales eran las diferentes modalidades con las que podría pensionarse; que no le indicaron que sería una renta vitalicia, ni un retiro programado; que no se le explicó que era el régimen de transición; que no le explicaron que eran los aportes voluntarios; que actualmente se encuentra cotizando al sistema general de pensiones; que su traslado a ING en el año 2008, se dio porque en la Universidad del Bosque, donde laboraba, los citaron a una reunión “genérica”, donde estuvo el representante del fondo, para proponerles un traslado, quienes les brindaban unos beneficios con mayor seguridad; que no corroboró la información de que el ISS se acabaría.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaban las AFP, obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Victoria Eugenia Cabal Escandón 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 las demandadas enseñaron 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 Colpatria el 15 de julio de 2015 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 no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

Ahora, 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.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones.

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 25 de agosto de 2021 por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, promovido por Victoria Eugenia Cabal Escandón en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

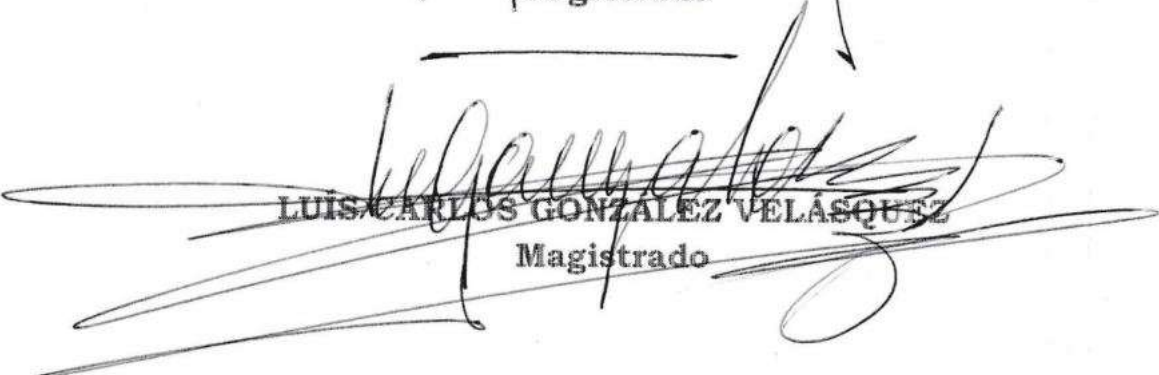
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ 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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105010201800747-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **INGRID LOBO MAZZILLI** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**;

ANTECEDENTES

INGRID LOBO MAZZILLI, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. para que, se declare la nulidad del su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; que, se ordene a COLPENSIONES realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el traslado,

recibiéndola en el RPM, sin solución de continuidad; que, se conceda la ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 21 de abril de 1964; que, se afilió al RPM, a través del ISS, el 21 de abril de 1986 y hasta el 02 de abril de 1994, cuando se traslado al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., y posteriormente, se cambió a la Administradora, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Indica que, su traslado de régimen pensional no estuvo precedido de la suficiente ilustración, de ahí que, se produjo sin un consentimiento libre y voluntario, razón por la cual es nulo y le asiste el derecho a retornar al RPM; que, la AFP PORVENIR S.A., no le informó acerca de la posibilidad de regresar a COLPENSIONES, antes de faltarle 10 años para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho pensional; que, solicitó a las demandadas, la nulidad de su traslado (fl. 31-39).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (fls. 59-63).

La **SOCIEDAD 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 innominada o genérica (fls.72-78).

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica (fls. 110-126).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de marzo de 2021, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A., que realizó el 2 de abril de 1994; en consecuencia, ordenó su regreso automático, sin solución de continuidad, al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a hacer entrega a COLPENSIONES, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, de todos los valores que hubiese recibido esa Administradora, con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado y así mismo a realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración, debidamente indexados; condenó a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a hacer entrega a COLPENSIONES de los gastos y cuotas de administración, debidamente indexados, descontados a la demandante, durante el tiempo de su afiliación.

También, condenó a COLPENSIONES a que, una vez ingrese los valores devueltos por las AFP demandadas, impute y actualice las semanas cotizadas en el RAIS, en la historia laboral de la actora, para efectos pensionales; declaró no probadas las excepciones propuestas y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la AFP PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, su recurso de limitaba a orden de devolución de los gastos de administración y cuotas de la administradora, teniendo en cuenta que dichos descuentos se hacen en cumplimiento de la normativa vigente, sin que de evidencia detrimento alguno en la cuenta individual de la actora, por el contrario, se observa “*in incremento*” producto de los rendimientos obtenidos con la buena gestión de esa AFP; que, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, en el RPM, también se hacen descuentos para gastos de administración, además, los valores para cubrir las primas de invalidez y sobrevivencia, ya fueron cancelados a las aseguradoras, por lo que, se encuentran en manos de terceros, y acceder a la devolución de estos rubros, causaría un detrimento para la AFP y un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES.

OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., solicitó que se revoque el numeral quinto de la sentencia apelada, en cuanto ordenó a

esa Administradora, la devolución de los gastos y cuotas de administración debidamente indexados, tema que no ha sido objeto de análisis por la jurisprudencia; además, gracias a esos gastos de administración y la debida diligencia de esa AFP, su capital generó altos rendimientos, los cuales ya fueron trasladados a PORVENIR; que, teniendo en cuenta el buen manejo de los recursos de la actora, por parte de OLD MUTUAL debería fallarse en equidad y conciencia; que, por ser estos gastos privados, debe aplicarse la prescripción, en los términos del artículo 151 del CPT y SS; que, no es procedente la indexación, pues, reitera, gracias a la labor de la AFP, la actora obtuvo los rendimientos con que cuenta en este momento la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido SKANDIA solicita que se revoque la condena impuesta, y en su lugar absolver, de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, contempladas en el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en donde señala, dentro de las características del RAIS.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y, conforme al grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; iii) si el cambio de Administradora privada de pensiones, valida la afiliación inicial al RAIS; y, iv) si procede la orden de devolución de gastos administración o si son susceptibles del fenómeno de la prescripción.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, que 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 el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES (fls.4-5); certificación de traslado regimen expedida por COLPENSIONES (fl. 6); reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y su correspondiente respuesta negativa (fls. 7-9); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 12-19); simulación pensional (fls. 20-21); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl.64); certificación afiliación AFP PORVENIR S.A. (fls. 79 y 82); consulta SIAF (fls. 80-81); formulario solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 02 de abril de 1994 (fl. 83); historia laboral válida para bono pensional (fls. 84-85); relación de aportes realizados por la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fls.86-90); formulario de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Skandia, de

fecha 30 de septiembre de 2004 (fl. 127); certificación de afiliación y traslado de aportes de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS (fl. 128).

Igualmente, dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, se trasladó de régimen pensional en 1994, cuando se afilió a la AFP PORVENIR S.A.; que, para esa época ella trabajaba con SERVIENTREGA, allí los convocaron a una reunión para escuchar a los asesores de esa Administradora; que, la reunión fue grupal y les aconsejaron que se afiliaran a esa Administradora, porque el Seguro Social, se iba a acabar y no tenía solvencia económica; que, le dijeron que tendría una mesada más alta a la que podría reconocerle el ISS, que, podía pensionarse antes de la edad mínima exigida en el RPM; que, los asesores de la AFP PORVENIR S.A., no le explicaron las condiciones para pensionarse en el RAIS y la asesoría se limitó a la información ya referida, además de ayudarle a diligenciar el formulario con sus datos personales; que, se cambió en varias oportunidades de Administradora de pensiones, porque a la empresa, a través del área de Talento Humano, cuando hacía negocios grandes, invitaba a los asesores de las AFP, entonces los trabajadores, firmaban los formularios, confiados en que al estar avalado por su empleador, sería lo más conveniente para ellos; que, recibió 2 o 3 extractos de la AFP PORVENIR S.A., pero, no eran muy claros para ella, que además no es conocedora de temas financieros, además tampoco decían el número de semanas o el valor de su posible mesada pensional; que, recientemente por iniciativa propia, se acercó a una oficina de la AFP PORVENIR, para que le informara lo que estaba sucediendo con su futuro pensional, le asignaron un asesor bastante grosero y burlón, que le informó cuál sería el valor de su pensión, a lo que ella manifestó que no estaba conforme y él le respondió que había gente que podía vivir con menos sueldo que eso; que, firmó los formularios de afiliación, voluntariamente, pero porque la empresa donde prestaba sus servicios, a través del área de talento humano, les indicaba que iban a cambiar de AFP y todos firmaba; que, se acercó a COLPENSIONES para consultar cuál sería el valor de la mesada pensional de haber continuado afiliada allí, y resulta ser bastante más favorable, que la ofrecida por la AFP PORVENIR S.A.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP PORVENIR S.A., obligada a demostrar dentro del proceso, que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicha Administradora no logró probar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora INGRID LOBO MAZZILLI, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocinado 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la AFP PORVENIR 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 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 actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 02 de abril 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; sin que su posterior cambio de Administradora, a la AFP COLPATRIA, HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. y OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., validaran el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral

de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”.*

Ahora, en relación con la orden impuesta a la AFP PORVENIR S.A. y a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón les asistes en su reproche a esas demandadas, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Además, tampoco resulta viable la aplicación de la prescripción, respecto a los gastos de administración, teniendo en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Resultan suficientes las anteriores consideraciones para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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,

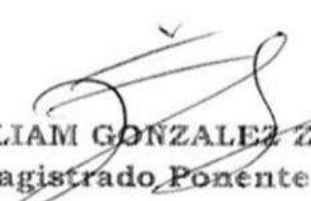
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2021, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **INGRID LOBO MAZZILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y **OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

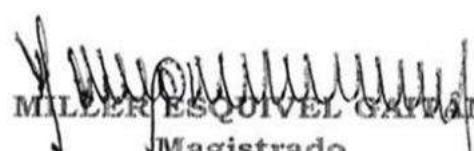
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las recurrentes AFP PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una de las demandadas y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

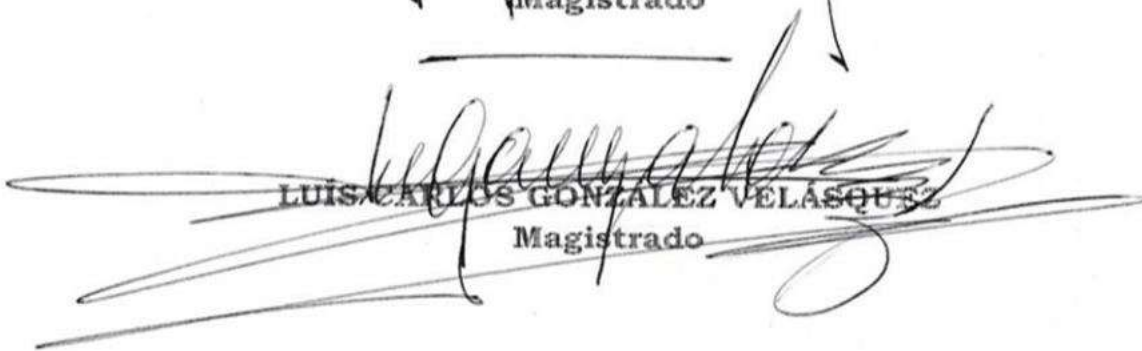
Los Magistrados,



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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105026201900747-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de enero de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARINA CONSUELO GUEVARA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

MARINA CONSUELO GUEVARA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad y/o ineficacia de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor completo de las cotizaciones, los rendimientos financieros que se hubiesen causado y el saldo de su cuenta de ahorro individual; que, se ordene a COLPENSIONES recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR S.A., y registrar en su

historia laboral las semanas cotizadas en el RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita que se declare a la AFP PORVENIR S.A., responsable por los perjuicios que le ocasionó, por la omisión en la asesoría que debió prestarle al momento de su traslado de régimen pensional; que, se declare que los perjuicios causados por la AFP PORVENIR S.A., son equivalentes al mayor valor que resulte entre la pensión de le debe reconocer el RAIS y la pensión que le hubiese correspondido en el RPM, de no haberse trasladado; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., pagarle la suma de \$403.048.930, a título de indemnización de perjuicios; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 16 de noviembre de 1966; que, por falta de asesoría, el 1 de mayo de 2000, se trasladó del RPM al RAIS, administrado por la AFP PORVENIR S.A., quien omitió informarle, que su pensión de vejez sería mejor en el RPM; que, obtendría una mesada pensional menor en el RAIS, tampoco le explicó que del valor de su cotización le serían descontados costos de administración, no le realizó un comparativo sobre las diferentes rentabilidades de los diferentes fondos de pensiones, ni le informó cómo se obtendría el valor de su mesada pensional.

Refiere que, de acuerdo a una proyección pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A., le correspondería a una mesada pensional notablemente inferior a la que pudo reconocerle COLPENSIONES, de haber continuado afiliada al RPM, ocasionándole graves perjuicios por la no asesoría al momento de su traslado; que, solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado al RAIS, petición que le fue negada (fls. 2-17).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 57-66).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, inexistencia del perjuicio alegado, ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP

PORVENIR S.A., compensación, buena fe y la innominada o genérica (fls. 82-102).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de enero de 2021, el Juzgado veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS, a partir del año 2000; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES a aceptar dicho traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora al RAIS, declaró no probadas las excepciones propuestas y, condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación, argumentó que, la razón genuina que motivo la presente demanda es la valor de la posible mesada pensional que recibiría la actora, el cual sólo se determina al momento de cumplir con los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, y no al momento de la afiliación al Sistema General de Pensiones, en la medida que dicho monto depende de muchos factores que se presentan en desarrollo de la vida laboral de la persona, de tal manera que cualquier proyección que se realice al momento de la afiliación, es sólo un presupuesto basado en proyecciones futuras e inciertas, por tanto, ésta no tiene la virtualidad de afectar la voluntad del afiliado, ni la eficacia del acto jurídico del traslado, más aún, cuando como ocurre en el presente caso, en el año 2000, esto no era un requisito exigido por la ley; que, si existió una información dada a la afiliada, al momento de su traslado, debiendo dársele pleno valor probatorio al formulario de solicitud de vinculación a la AFP, y al formulario de suscripción al fondo de pensiones voluntarias, suscritos por la demandante, sin ningún tipo de coacción y de manera espontánea; que, no es posible hacer la devolución de los gastos de administración, pues, estos remuneran la gestión que la Administradora de pensiones, realizó durante el tiempo en que la actora, estuvo vinculada a ella, y por medio de la cual obtuvo rendimientos, incrementando el saldo de cuenta de ahorro individual, sin que COLPENSIONES haya realizado ninguna laboral al respecto, por lo que, incurriría dicha entidad en un enriquecimiento sin causa, debiendo operar las restituciones mutuas absteniéndose de ordenar su devolución.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita que la decisión del A quo sea confirmada en su totalidad, ya que ninguno de los fondos privados aportó pruebas del cumplimiento de su deber de información, además de no presentar ningún documento o testimonio, no controvirtieron probatoriamente las afirmaciones y negaciones indefinidas en la demanda por eso afirma que deben ser probadas como ciertas.

Entre tanto, PORVENIR S.A. peticiono la revocatoria y su absolución como quiera que cumplió con el Deber de información que le era exigido para la fecha en que se realizó el traslado, pues se debe recordar que la afiliación con PORVENIR S.A. se produjo con posterioridad, cuando el traslado ya se había materializado en otro fondo.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si los formularios de afiliación al RAIS y al plan de aportes voluntarios, son prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de AFP PORVENIR S.A.; y, iii) si procede la orden de devolución de gastos administración ante la configuración de un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES.

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 es libre, siendo que una vez hecha ésta, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora de pensiones privada, 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 el presente caso, al plenario se allegaron las solicitud de nulidad del traslado radicadas ante las demandadas y sus correspondientes respuestas negativas (fls. 21-27); simulación pensional elaborada por la AFP PORVENIR S.A. (fls. 28-29); historia laboral consolidada de la demandante en la AFP PORVENIR S.A. (fls. 30-35); expediente administrativo de COLPENSIONES (CD fl. 70); consulta SIAF (fl. 106); formulario solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y/o pensiones obligatorias Porvenir, diligenciado el 10 de marzo de 2000 (fl. 107); formulario de afiliación individual planes empresariales fondo de pensiones voluntarios, de fecha 7 de mayo de 2008 (fl. 108); resumen de historia laboral para bono pensional (fls. 110-111).

También, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 2000, fueron a su lugar de trabajo unos asesores de la AFP PORVENIR S.A., hicieron una reunión de 3 o 5 minutos, diciéndoles que el Seguro Social iba a desaparecer y que esa era la tabla de salvación que tenían para no perder los aportes; que, el asesor diligenció el formulario, lo que no le tomó más de 2 minutos y ella se limitó a suministrarle los datos personales, pero que no recibió ningún tipo asesoría; que, no recibió presión alguna para suscribir el formulario de traslado al RAIS, pero tampoco le brindaron información acerca de cuál sería su futuro pensional; que, confió en la AFP PORVENIR S.A., y no vio necesidad de cambiarse a otra Administradora; que, inicialmente recibió algunos extractos de su cuenta de

ahorro individual, pero luego no volvieron a enviárselos; que, en el año 2008, cuando se vinculó con otro empleador, firmó el contrato de trabajo, con un formato de ahorro para vivienda; que, nunca le informaron la posibilidad que tenía de retornar al RPM, antes de cumplir los 47 años de edad, ni después de su traslado, le brindaron otras asesorías.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la AFP 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 a la señora MARIA CONSUELO GUEVARA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, en cuanto al formulario de afiliación diligenciado por la demandante, al momento de su traslado de régimen pensional, debe indicar la Sala que si bien es cierto, éste se suscribe de manera libre y voluntaria, el mismo resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, cumple con el deber de información de manera clara, precisa, congruente y completa, 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.

De otra parte, en cuanto al formulario de afiliación al fondo de aportes voluntarios, suscrito por la demandante, el 07 de mayo de 2008, es preciso señalar que, dicho este no fue reconocido por la actora, quien aclarando al absolver interrogatorio de parte, que, para ese año, ella cambió de trabajo y suscribió con su nuevo empleador, un formato, pero, para ahorro para vivienda; sin que se acredite por parte de la AFP demandada, que la señora GUEVARA, hubiese efectuado aportes voluntarios a dicho fondo, durante el tiempo que permaneció afiliada al RAIS; además, en todo caso, la suscripción de dicho documento, en momento alguno, puede exonerar a la AFP, de la obligación de tener de brindarle a su posible afiliada, al momento del traslado la inicial, la información debida y suficiente acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos financieros que asumiría en cada uno de ellos.

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR 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 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 actora, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., el 10 de marzo de 2000, 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.

Ahora, dado que la apoderada de la AFP PORVENIR S.A., se muestra inconforme con la orden impuesta a ese fondo, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, 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).” (Negrilla fuera de texto)*

Los anteriores argumentos, resultar suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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

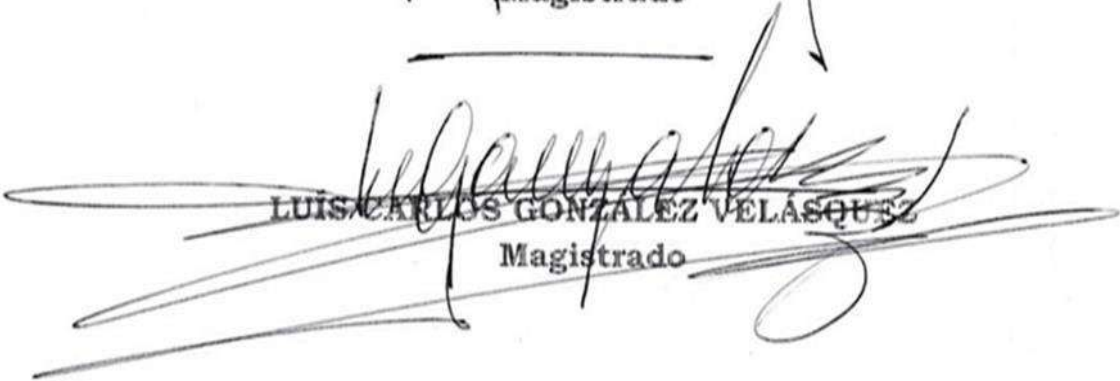
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de enero de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARPIA CONSUELO GUEVARA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la recurrente AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00, a cargo de esa demandada y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GATTÁN
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. 110013105032201900757-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Luis 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 los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **NELSY FERRO ZABALA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su condición de representante legal de WORLD LEGAL CORPORATIONS y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 9-12.

ANTECEDENTES

NELSY FERRO ZABALA, procura que se declare la nulidad del traslado de régimen del ISS al RAIS a través de ING hoy PROTECCION así como a

PORVENIR y en consecuencia se ordene a COLPENSIONES recibirla sin solución de continuidad como afiliada al sistema de Seguridad, y a PORVENIR que traslade la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos COLPENSIONES quien deberá aceptar su traslado, condenando a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 1 de febrero de 1960; se vinculó al sistema pensional de prima media con prestación definida desde el mes de octubre de 1983 hasta el mes de octubre de 2001, ya que en noviembre de ese año se trasladó a ING hoy PROTECCION donde permaneció hasta junio de 2003 ya que luego se trasladó a PORVENIR; para junio de 2019 contaba con 1.840 semanas efectivas cotizadas; al momento del traslado de régimen contaba con una estabilidad laboral; el asesor de la AFP le informó que el régimen al cual estaba afiliada iba a colapsar y de continuar podía perder sus aportes, refiriéndole solamente los beneficios del RAIS, y que obtendría buenos rendimientos lo que le permitiría una mesada pensional muy superior a la que pudiera obtener en el RPMPD, entre otros, jamás recibió información o una asesoría personal, omitiendo las demandadas su obligación de buen consejo ya que no le informaron sobre la prohibición de traslado entre regímenes cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir el requisito de la edad, no le realizaron una proyección de su mesada pensional, ad portas de su pensión se asesoró el 21 de febrero de 2019 y le indicaron que su pensión sería de \$828.116. mientras que en COLPENSIONES sería de obtendría un IBL de \$2.692.390 por lo que su mesada sería de \$2.123.600 con 1.800 semanas por lo que al momento de su traslado no tuvo la información suficiente y necesaria. (Fls 5-21)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma tanto 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 edad, las semanas cotizadas y la respuesta entregada por PROTECCIÓN S.A con radicado CAS-4524265-21.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (PDF 7 fls 2-31).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES planteó las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva o haberse notificado el auto admisorio de la demanda a

persona distinta de la que fue demandada numeral 11 del artículo 100 del C.G.P, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (fls 61-76).

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 del sistema general de pensiones, la genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y traslado de la totalidad de los aportes a PORVENIR S.A. (PDF 8, fls 2-23)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia el 12 de agosto de 2021 el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A de fecha 23 de agosto de 2001, así como su posterior traslado entre administradoras del RAIS; condenó a PROTECCIÓN S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que hayan descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora, condenó a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, ordenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada al RPMPD; y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A a favor de la demandante incluyendo como agencias en derecho dos (2) SMLMV, sin costas respecto de las demás codemandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

PORVENIR S.A: para que se revoque el fallo proferido en primera instancia, teniendo en cuenta que para el momento del traslado las AFP no tenían que cumplir con un deber de información en los términos indicados, ya que lo que hace la norma es regular una selección libre del régimen pensional, no siendo viable la ineficacia por omisión al deber de información sino que lo que se establece son sanciones a quienes atenten contra esa libertad, asimismo en el interrogatorio de parte se evidencia que la demandante sí recibió información y que sus declaraciones no corresponden con la realidad, sin que tuviera interés en conocer sobre su situación pensional sino hasta cuando conoce el monto de su mesada pensional, por lo que su motivación es netamente económica. De otra parte, respecto al traslado de los gastos de administración no se puede desconocer la gestión que realizó ese fondo ya que cumplió con las obligaciones de administración no siendo los gastos conceptos que financien la pensión de vejez, además que están prescritos.

PROTECCIÓN S.A: solicita que se revoque parcialmente la sentencia en cuanto a la condena de efectuar la devolución con destino a COLPENSIONES de los dineros descontados por concepto de gastos de administración, pues al declarar la inexistencia del traslado no se puede pretender aplicar solamente en lo que respecta a facultar al afiliado para retornar al RPMPD sino también debería materializarse frente a esos efectos, ya que si el vínculo no hubiese existido, no debió haber existido una administración de los recursos, y por ende no se deben devolver, asimismo la demandante no realizó ninguna gestión para informarse sobre su situación pensional.

COLPENSIONES: solicita que se proceda a revocar el fallo de primera instancia toda vez que la actora aceptó las condiciones y características propias que se encuentran inmersas en el RAIS, por lo que el desconocimiento del mismo no es un argumento válido para alegar la nulidad ya que tenía obligaciones como consumidora financiera mencionadas en el Decreto único 2555 de 2010, finalmente la carga probatoria que se le impone a los fondos resulta ser desproporcionada si se tiene en cuenta que la afiliación se dio en el año 2000 y desde entonces han transcurrido 20 años por lo que es imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicitó la revocatoria del fallo de primera instancia al no existir vicios del consentimiento o dolo al momento del traslado, siendo que el motivo por el cual se siente engañada la actora es por no habersele indicado adecuadamente el valor al que ascendería su mesada pensional, debiendo procurarse la sostenibilidad

financiera. A su vez, PORVENIR S.A también solicitó la revocatoria de la sentencia al no configurarse lo presupuestos de la ineficacia del traslado, siendo el formulario prueba de la libertad de afiliación, sin que haya lugar a la devolución de los gastos de administración. Finalmente, parte actora suplica que se confirme la sentencia, por cuanto no se le brindo información clara, precisa y oportuna acerca de cada uno de los dos regímenes, a su vez mención que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar el consentimiento pleno al momento de llevar el traslado, máxime cuando el formulario solo trae una leyenda de aseveración de que la vinculación se está realizando de manera libre y consiente

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, y **iii)** Si PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A están o no obligadas a girar a COLPENSIONES como consecuencia de la declaratoria de nulidad todas las sumas y conceptos ordenados por el A quo tales como los rendimientos y gastos de administración. 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 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 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 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).

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 32 PDF 8 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media administrado por CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹ a PROTECCIÓN S.A diligenciado el 23 de agosto de 2001 con fecha de efectividad del 4 de septiembre del mismo año, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 40 PDF 8), 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 respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PROTECCIÓN S.A, lo que manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, es que se encontraba trabajando en el Departamento Administrativo de Seguridad y en el año 2001 iniciaron charlas grupales en cada piso manifestando que el ISS se iba a terminar y que sus aportes estaban en peligro, que PROTECCIÓN S.A aportaba más seguridad y brindaba algunos beneficios como mejores rendimientos para tener una pensión más alta, que se podía retirar y le devolverían sus aportes, pero no le dieron una asesoría personal ya que fue masivo, no le informaron que sus aportes se iban a trasladar a una cuenta de ahorros a su nombre, ni le realizaron proyecciones, solo le explicaron que con los rendimientos podía subir su pensión, solo leyó el formulario para ver sus datos.

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 PROTECCIÓN 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 NELSY FERRO

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

ZABALA 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 FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, el 23 de agosto de 2001 con efectividad el 1º de septiembre de ese 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 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.”

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

En esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes y en favor de la parte actora. 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

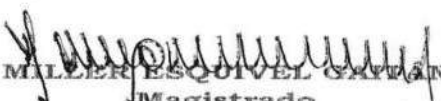
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por NELSY FERRO ZABALA contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES Fijese como agencias en derecho para cada una de ellas 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 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. 110013105030201900762-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **RODRIGO ANTONIO MARTINEZ SUAREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO y como apoderado sustituto al Dr. WINDERSON JOSE MONCADA RAMIREZ en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan a folios 148 y 153-155.

ANTECEDENTES

RODRIGO ANTONIO MARTINEZ SUAREZ, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A., validando su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibirlo nuevamente como afiliado cotizante, se condene a PORVENIR S.A a liberar de sus bases de datos y a devolver todos los valores

que hubiere recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses como lo dispone el art 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, haciendo el respectivo traslado de sus cotizaciones a COLPENSIONES; y que se condene a PORVENIR S.A al pago de las costas procesales, así como a lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que se afilió al RPMPD administrado por el ISS en diciembre de 1986; se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR S.A el 13 de mayo de 1998; en el momento del traslado el asesor de dicha entidad le informó que podría pensionarse a temprana edad a diferencia del ISS y que el monto sería superior en PORVENIR S.A., que el ISS iba a desaparecer, que al no tener beneficiarios de ley se perdería la pensión en el RPMPD en cambio en el RAIS pasaría a los herederos, entre otros aspectos, pero no le informó sobre el plazo para retornar del RAIS al RPMPD, ni le realizó comparativos de las proyecciones pensionales, beneficios y consecuencias del traslado de régimen; con motivo una proyección se estableció que su pensión en el RPMPD sería de \$986.756 y en el RAIS de \$828.116; y las solicitudes de traslado que ha elevado ante COLPENSIONES fueron negadas. (fls 35-57)

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 ISS y las solicitudes elevadas ante COLPENSIONES con sus respectivas respuestas.

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls 77-107)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 120-125).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de junio de 2021, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante del RPMPD a el RAIS administrado por PORVENIR S.A con fecha del 1° de julio de 1998; declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que

permaneció en dicho régimen desde el 1 de julio de 1998 y hasta cuando se haga efectivo su traslado, costos cobrados por concepto de administración que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; y condenó en costas a PORVENIR S.A, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.488.740, sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada y en su lugar se le absuelva, en cuanto a que cumplió con el deber de información como una obligación probada por parte de PORVENIR S.A., pues se le suministró una información clara y suficiente sobre los efectos que acarrea un cambio de régimen pensional, no habiéndose valorado que el consentimiento informado y su libre escogencia se materializó con la suscripción del formulario de afiliación en donde está consignado el derecho de retracto y conforme a la publicación de prensa realizada por la AFP, además, respeto a la devolución de gastos de administración no procede porque no forma parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno prescriptivo.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita la confirmación de la sentencia ya que los fondos no lograron desvirtuar de manera fehaciente la afirmación realizada de no haber cumplido con el deber de información para que se hubiese tomado una decisión libre e informada sobre el régimen pensional. Entre tanto, COLPENSIONES pide su absolución por cuanto el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. Por último, PORVENIR S.A. insiste en que se revoque el fallo al no acreditarse algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. De igual manera tampoco se demostró que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado para que quedará

sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por un principio básico de derecho, cual es el de la inescindibilidad de las normas, que impide acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver un asunto en concreto.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si PORVENIR S.A están obligado a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a ellos realizada y si prescriben, 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 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 109 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 13 de mayo de 1998 con fecha de efectividad el 1° de julio del mismo año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 108, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

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 RODRIGO ANTONIO MARTINEZ SUAREZ 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 adocinado 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 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 PORVENIR S.A el 13 de mayo de 1998 con efectividad a partir del 1º de julio de ese 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 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.”

EL 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 del recurso de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de PORVENIR S.A. 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 23 de junio de 2021 por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por RODRIGO ANTONIO MARTINEZ SUAREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

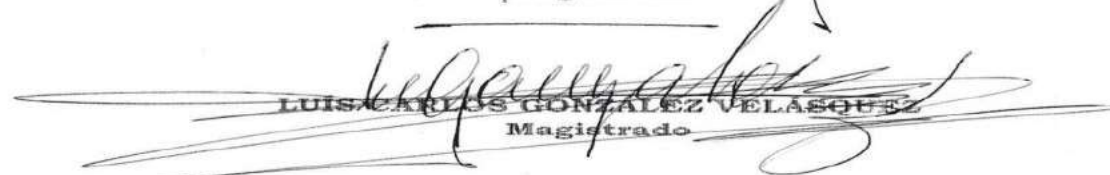
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada recurrente LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, Fíjese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL CAYÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023201900767-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 15 de marzo de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CONSUELO PEÑA APONTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderado principal COLPENSIONES al doctor Miguel Ángel Ramírez Gaitán y como apoderada sustituta a la doctora Yessica Paola Collazos, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 180 vto al 183.

ANTECEDENTES

CONSUELO PEÑA APONTE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, se declare que fue asesorada equivocadamente por PROTECCION S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PROTECCION S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con sus aportes,

rendimientos y semanas cotizadas; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

De manera subsidiaria solicita que, de no concederse la pretensión principal, se condene a PROTECCION S.A., a reconocerle una mesada pensional de vejez, igual o equivalente a la que hubiese recibido en COLPENSIONES; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 18 de mayo de 1961; que, inició su vida laboral cotizando al RPM, a través de la Caja de Previsión Distrital de Bogotá hasta el 01 de enero de 1996, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PROTECCION S.A., donde le ofrecieron una mesada pensional más alta, además de informarle que el ISS se iba a liquidar y podrían perder los aportes realizados; sin asesorarla respecto a la posibilidad que tenía de retornar al RPM, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; que, tampoco le informó que podía regresar a RPM, antes de cumplir los 47 años de edad.

Indica que, PROTECCION S.A., no realizó los tramites para la reconstrucción de su bono pensional, ni le efectuó un estudio de la pensión probable, por lo que, no existió ningún tipo de asesoría que le permitiera tomar una adecuada decisión respecto a su cambio de régimen pensional; que, solicitó a PROTECCION S.A., una proyección del valor de mesada pensional, pero no le dio respuesta oportuna, por lo que, tuvo que interponer una acción de tutela, que correspondió al Juzgado 13 Penal Municipal con Función de Conocimiento, quien mediante fallo del 6 de diciembre de 2018, confirmado el 15 de febrero de 2019 por el Juzgado 24 Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá, le ordenó a PROTECCION S.A., dar respuesta sobre el cálculo actuarial solicitado.

Refiere que, tuvo que presentar incidente de desacato contra PROTECCION S.A., y queja ante distintos entes de control, hasta el 13 de septiembre de 2019, cuando a través de la Superintendencia Financiera obtuvo una respuesta de fondo; advirtiéndole una diferencia de \$2.811.995, entre la pensión que le reconocería PROTECCION S.A., frente al posible derecho otorgado por COLPENSIONES, incumpliendo la AFP, la promesa que le hizo al momento de su traslado respecto a obtener una mejor pensión que en el RPM; que, solicitó a COLPENSIONES su traslado a ese régimen, pero esa Entidad, rechazó su petición (fls.3-19).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la PROTECCION S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (CD fl. 171).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de 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, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe. (CD fl. 171).

Dentro de la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y SS, celebrada el 26 de octubre de 2020 (fl. 153), se ordenó vincular al proceso como litisconsorte necesario al **FONDO DE PRESTACIONES ECONOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP**, quien contestó oportunamente la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación para reconocer y pagar las pensiones de jubilación o vejez de FONCEP, ausencia de la causa para solicitar traslado al RPM por falta de requisitos y cumplimiento de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y la innominada o genérica (CD fl. 171 y fl. 163).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de marzo de 2021, el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PROTECCION S.A., condenando a esa Sociedad, a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora, 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 hubiesen 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; declarando, para efectos pensionales, a la demandante, afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; declaró no probadas las excepciones propuestas; desvinculó al FONCEP y, condenó en costas a PROTECCION S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de las demandadas AFP PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso de apelación era parcial y sólo en contra de la orden dada por el a-quo, de devolver los valores correspondientes a los descuentos efectuados por gastos de administración y seguro previsional, pues, los mismos se realizaron en cumplimiento de un deber legal, impuesto por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que, esa Administradora, durante el tiempo en que la actora, estuvo afiliada, realizó un manejo adecuado de los recursos obrante en su cuenta de ahorro individual, obteniendo unos rendimientos a su favor, y por tanto, los valores cobrados por administración, cumplieron con su objetivo para el cual fueron descontados; que, conforme al artículo 1746 del CC., la consecuencia de la ineficacia es que las cosas vuelvan a su estado anterior, entonces de no haberse administrado la cuenta de ahorro individual de la demandante, por parte de esa AFP, ella no hubiese obtenido rendimientos; que, en relación con el seguro previsional, éste se canceló a un tercero de buena fe, que cubrió los riesgos de invalidez y sobrevivencia, además, en un contrato de seguro, nunca se pide devolución de la prima en caso de que el siniestro no ocurra; que, esa AFP, no debe asumir con cargo a su propio patrimonio, ya que, no se probó ningún perjuicio por parte de ella o detrimento alguno causado a COLPENSIONES

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumentó que, en el presente caso no se encuentra probado vicio del consentimiento o dolo, toda vez que la demandante, tenía una expectativa legítima respecto al derecho pensional, al momento del traslado, comoquiera que, contaba con menos de 750 semanas y la faltaban más de 25 años para acceder a la pensión de vejez; que, actualmente la actora, ya se encuentra inmersa en la prohibición fijada por la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad mínima para adquirir la pensión de vejez, ni es beneficiaria del régimen de transición; que, en el presente caso no se demostró que la señora PEÑA

APONTE recibió una información equivocada, errada o falaz, por parte de la AFP, máxime si se tiene en cuenta que para la fecha del traslado, esto es, 1995, las Administradoras privadas de pensiones, sólo tenían la obligación de brindar información verbal acerca de las condiciones del RAIS; que, no es razón suficiente para declarar la ineficacia del traslado al RAIS, el hecho de que el valor de la mesada pensional ofrecida a la actora por PROTECCION, no cumpla con sus aspiraciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el apoderado de la demandante, se ratificó en los hechos y pretensiones de la demanda, solicitando confirmar la decisión del juez de primera instancia por cuanto como quedó demostrado en el proceso, las Administradoras de fondos de pensiones privadas, incumplieron su deber de información y de brindar un debido acompañamiento a la afiliada de acuerdo a su situación real de pensión. Por su parte, COLPENSIONES peticiona que se revoque la sentencia en cuanto a que la afiliación si tuvo validez, además de ello que se encuentra dentro de la prohibición legal del artículo 2° de la ley 797 de 2003. También se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social. Finalmente FONCEP afirma que no cuenta con la capacidad y competencia para reconocer la pensión en el régimen de transición, habida cuenta que no es un fondo que administre el régimen de prima media debido a que desde el año 1995 por efectos de la expedición de la Ley 100 de 1993, no existe como caja en el orden territorial que permita la captación de recursos por concepto de aportes de pensión de los servidores vinculados al Distrito Capital, circunstancia que impide cualquier tipo de reconocimiento, razones por la cuales solicita que se abstenga de generar cualquier obligación o competencia, al momento de dirimir el presente conflicto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCIÓN S.A., y, iii) si procede la

orden de devolución de gastos administración por parte de PROTECCION S.A.

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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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 el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral de la demandante en PROTECCION S.A. (fls. 25-33, 49-57, 97-118); certificación de información laboral para bono pensional (fls. 36-43); fallos

de tutela, quejas y las distintas respuestas dadas por PROTECCION S.A., a las peticiones de la actora (fls. 58-95); formulario solicitud de vinculación a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA diligenciado el 26 de diciembre de 1995 (fl. 96, CD fl 171); historia laboral válida para bono pensional (fls. 119-120, CD fl. 171); expediente administrativo COLPENSIONES (CD fl. 171); consulta SIAF (CD fl. 171); reporte estado de cuenta de ahorro individual de la actora en el Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCIÓN CD fl. 171);

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para finales del año 1995, cuando se encontraba trabajando en la Secretaría Distrital de Salud, en la División de Epidemiología, se encontraban en horario laboral, cuando llegaron unos asesores de PROTECCION S.A., informando que necesitaban hacer una reunión con las personas de la oficina, entonces, convocaron rápidamente a una reunión dentro de las instalaciones de la misma oficina, en ese momento, los asesores les explicaron las ventajas que tendrían si se trasladaban a esa Administradora, les hablaron del posible cierre del Seguro Social, y de perder las semanas allí cotizadas; que, los asesores, tenían la autorización de la Oficina de Talento Humano, y se suponía que eran expertos en el tema de pensiones; que, la reunión fue corta, le explicaron que tendría una mejor mesada pensional, que la otorgada por el ISS; que, recibió extractos y estuvo muy tranquila, porque confió en el dicho de los asesores, respecto a que esa había sido la mejor decisión para su futuro pensional; que, no una reunión especial, ni una revisión especial de su caso, sino una reunión general, donde a todos los trabajadores les aconsejaron afiliarse a esa AFP.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba la CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION S.A., obligada a 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 CONSUELO PEÑA APONTE, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que la misma resulta escasa, para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCION 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 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 actora a la CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A., el 26 de diciembre de 1995, 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.

Finalmente, en relación con la orden impuesta a PROTECCION S.A., encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de administración, ninguna razón le asiste en su reproche a esa demandada, 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).” (Negrilla fuera de texto)*

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 15 de marzo de 2021, por el Juzgado veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CONSUELO PEÑA APONTE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

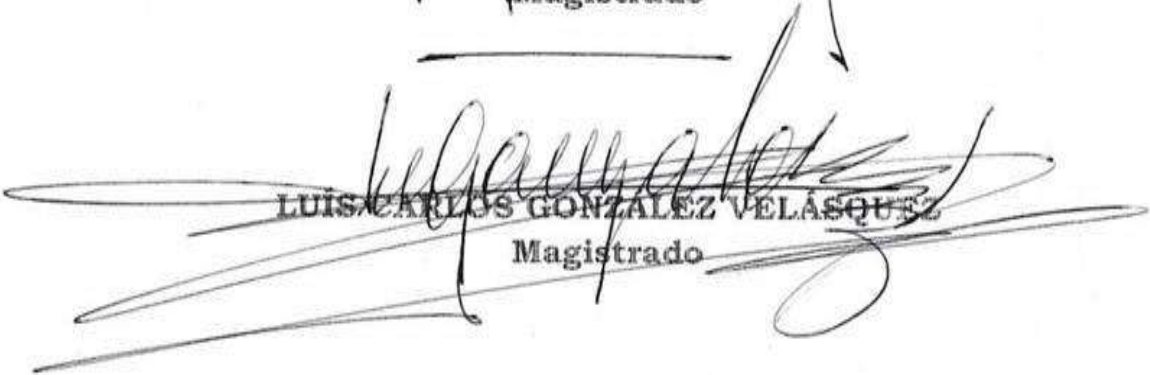
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PROTECCION S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

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. 110013105026201900776-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Protección S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 15 de septiembre de 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARÍA CONSTANZA GALEANO CABEZAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., CON LA VINCULACIÓN DE COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

María Constanza Galeano Cabezas pretende que se declare que Davivir S.A. hoy Protección S.A. la asesoró de manera errada e inadecuadamente; que se declare la nulidad del traslado al RAIS administrado por Protección S.A.; que se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes, rendimientos y semanas cotizadas, y tenerla como si nunca se hubiese trasladado; que se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado que le fuere ordenado, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 12 de agosto de 1960; que se vinculó al ISS el 1 de septiembre de 1982, cuando se encontraba laborando con Comercial Bachue LTDA; que posteriormente, se vinculó a la Rama Judicial el 1 de septiembre de 1985, vinculándose a Cajanal, retornando nuevamente al ISS el 1 de febrero de 1997.

Aduce que el 24 de septiembre de 1999, por una mala asesoría se trasladó al RAIS, administrado por el fondo Davivir Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., atendiendo a las expectativas de que si se trasladaba no perdería ningún beneficio, sino que podría pensionarse antes de la edad requerida, que tendría excedentes de libre disponibilidad, y que recibiría una pensión con un monto mayor al que tendría en el ISS.

Que con ocasión a la extinción de Davivir S.A. quedó afiliada a Protección S.A., permaneciendo afiliada en el RAIS, sin que hubiese recibido asesoría adicional previo a encontrarse inmersa en la prohibición para retornar al RPMPD.

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, Colpensiones en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la actora, las afiliaciones efectuadas al ISS y a Cajanal, la solicitud de afiliación a Colpensiones y la respuesta negativa. Porvenir S.A. frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la actual afiliación de la demandante a Protección S.A., y las peticiones elevadas. Colfondos S.A. frente a los hechos manifestó en su totalidad no constarle.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de fondo que denominó validez de la afiliación a Davivir hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, innominada o genérica.

COLFONDOS S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, falta de legitimación en la causa por pasiva, pago, inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la decisión de la actora de trasladarse al RAIS, con su determinación de ejercer el derecho a la movilidad horizontal entre AFPS del mismo RAIS, buena fe, innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la señora María Constanza Galeano Cabezas al RAIS a partir de 1999; condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenar a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declarar no probadas las excepciones propuestas; condenar en costas a Protección S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.** interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, en lo que tiene que ver con los gastos de administración mencionados en el numeral segundo de la providencia, pues únicamente sería procedente la devolución de los aportes efectuados por la demandante, y de sus rendimientos financieros generados debido a la buena gestión de Protección S.A., sin embargo, que los gastos de administración no son procedentes, pues la consecuencia de la ineficacia es entender que el contrato de afiliación nunca existió, y que por ende la entidad nunca debió administrar los recursos, pues teniendo en cuenta el artículo 1746 que habla de las restituciones mutuas, debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, y que el mismo es la comisión de administración la cual se debe conservar, por hacerse rentar el patrimonio de la demandante.

Refiere que devolver los aportes cotizados, los rendimientos y los gastos de administración supondrían un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, pues estaría recibiendo unos rendimientos por la buena gestión, sin reconocer o pagar por dicha labor.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remite alegatos de conclusión, manifestando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el actor, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

Asimismo, la parte actora remite alegatos de conclusión, aduciendo que al momento de la afiliación la AFP no efectuó una adecuada asesoría pensional, por lo que, la vinculación se realizó atendiendo las recomendaciones del

ejecutivo de cuenta de dicha entidad, quien generó una serie de expectativas al manifestar que de trasladarse, no perdería ningún beneficio.

Protección S.A. y Colfondos S.A. guardaron silencio.

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 su integridad, por cuanto se surte el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, y se estudiará el recurso de apelación interpuesto por Protección S.A., por tanto, se analizará **i)** si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y **ii)** Si Protección S.A está obligada a trasladar a Colpensiones además del capital y los rendimientos, los gastos de administración.

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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 80 obra copia del formulario de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a Davivir diligenciado el 24 de septiembre de 1999 prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Igualmente se recibió interrogatorio de parte que absolvió la demandante, quien manifestó ser abogada, y que pese a lo anterior, no tiene conocimientos en derecho laboral ni de régimen pensional; que firmó los formularios de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones, sin embargo, que su primer traslado se dio cuando trabajaba en la Secretaría de Gobierno, que se acercaron unos asesores de Davivir, donde les dieron una charla sobre el nuevo régimen, indicándoles que el ISS se acabaría, siendo probable que

perdieran sus aportes, y que lo mejor sería cambiar de fondo, pues en Davivir sus aportes tendrías altos rendimientos financieros, se pensionarían con un valor mayor, y a una edad inferir si los rendimientos eran muy buenos; que si fallecía los beneficiarios heredarían esos recursos, y que los aportes estarían disponibles en cualquier momento, por lo que la vinculación se basó en la errónea información; que no leyó el formulario de afiliación; que no tenía conocimiento de que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual; que posterior a sus dos afiliaciones, no solicitó asesoría o información adicional; que la entidad para la que trabajaba la afilió a Colfondos S.A., y que posteriormente volvió a Protección S.A.; que su interés de retornar al RPMPD se da por querer acceder a una pensión; que no solicitó el traslado a Colpensiones porque desconocía su información; que ha recibido extractos de Protección S.A.; que no le indicaron que necesitaba un capital mínimo para pensionarse; que no le hablaron de la figura de garantía de pensión mínima; que no le indicaron como se liquidaría su mesada pensional; que no le indicaron sobre la diferencia entre pensión de sobrevivientes y que los aportes fueran heredables; que no le indicaron que de sus cotizaciones se descontaría un valor por gastos de administración; que no le manifestaron que antes de los 47 años podría regresar al ISS.

Material probatorio del que puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba Protección 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, Protección S.A. no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora María Constanza Galeano Cabezas 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 ella 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 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 Davivir el 24 de septiembre de 1999 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, sin que en el simple diligenciamiento del formulario de afiliación en el que se encuentra impresas manifestaciones como *“la afiliación se hace libre y voluntaria”*, *“se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones”* u otras leyendas similares resulte suficiente para dar por demostrado el deber de información, sino que a lo sumo, acredita un consentimiento, pero no informado (SL 19447-2017).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración a la cual accedió el juzgado de primera instancia, 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 acceder a este punto de apelación. En tal sentido 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 cubre 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 ibídem-.

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.”

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, y se condenará en costas de esta instancia a las recurrentes dado el

resultado adverso de sus apelaciones.

RESUELVE

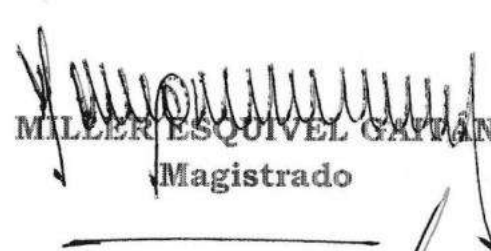
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por María Costanza Galeano Cabezas en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

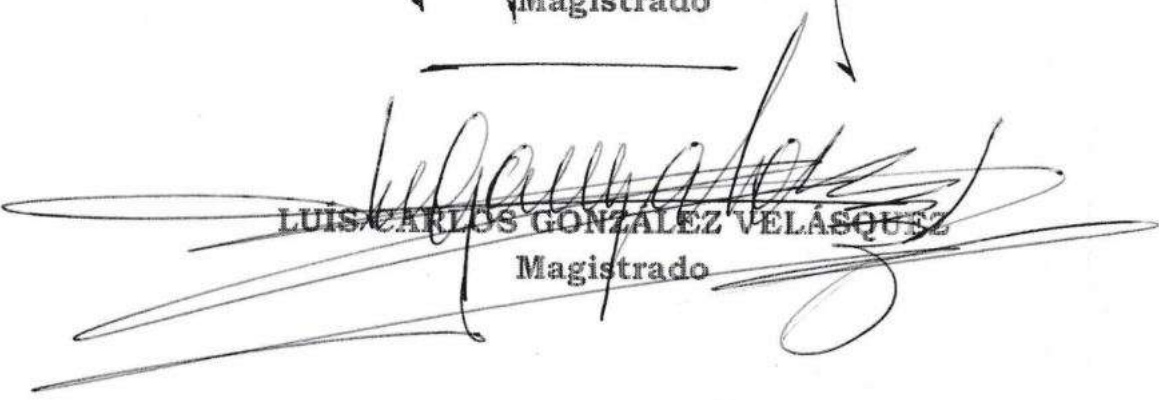
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Protección S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105009201700795-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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 Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PORVENIR, en contra de la sentencia de Primera Instancia, proferida el 14 de abril de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZMILA ELENA LASTRE AGUAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva al para actuar como apoderado sustituto de COLPENSIONES al doctor Gustavo Borbon Morales, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 331 al 334.

ANTECEDENTES

LUZMILA ELENA LASTRE AGUAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, se declare que la afiliación efectuada a la AFP COLPATRIA, el 1 de mayo de 1999, es inválida o nula, por falta de consentimiento informado e ilegal al no cumplir el tiempo

establecido en el respectivo fondo; y, en consecuencia, ordenar a la AFP PORVENIR S.A., que autorice su traslado a COLPENSIONES, junto con los aportes que obren en su historia laboral, con sus respectivos rendimientos; que, se ordene a COLPENSIONES recibir la afiliación y acreditar en su historia laboral el tiempo cotizado en el RAIS; que, se ordene a COLPENSIONES, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, a partir de la fecha de desafiliación al Sistema, junto con los intereses moratorios e indexación; que, se condene a las demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, el 01 de septiembre de 1997, se afilió al ISS, hasta el 01 de mayo de 1999 cuando se trasladó al RAIS, al suscribir afiliación a la AFP COLPATRIA, sin que dicha Administradora, le hubiese dado información acerca de las condiciones del RAIS, nunca le expusieron las consecuencias adversas que podía representar su cambio de régimen pensional, se omitió realizarle una proyección que acreditara que efectivamente en el RAIS, tendría condiciones más favorables.

Indica que, posteriormente, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., Administradora, que tampoco le informó, ni explicó de manera clara y puntual la naturaleza del RAIS, razón por la cual fue inducida en error, que vició su consentimiento y deriva en la nulidad del acto de afiliación; además que, en caso de pensionarse en el RPM, su mesada sería superior a la reconocida en el RAIS (fls.1-7 y 98-104).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., 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 edad, afiliación, traslados y solicitudes elevadas.

COLPENSIONES, propuso 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 RPM, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica (fls. 116-119)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 153-178).

En el auto admisorio de la demanda, también se vinculó a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, por haber sido equivocadamente señalado

en la demanda como el sucesor de la AFP COLPATRIA (fl. 106); sin embargo, notificada esa Administradora, propuso la excepción previa de haberse notificado la demanda a persona distinta a la que fue demandada (fl.145), la cual se declaró probada en audiencia del 14 de abril de 2021, ordenando su desvinculación del proceso (fls. 311-313).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de abril de 2021, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES el capital ahorrado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, con cargo a sus propias utilidades; igualmente, condenó a COLPENSIONES, a recibir todos los valores que le fueran trasladados, abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral las correspondientes semanas; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

Consideró la Juez de Primera Instancia, que, no quedó demostrado el suministro a la potencial afiliada, de la información suficiente, veraz y oportuna, sobre las reglas, consecuencias y riesgos que existen en cada una de las posibilidades que ofrece el Sistema General de Pensiones, lo que conlleva a la ineficacia del acto de traslado de régimen que efectuó la actora; sin que se pueda tener por convalidada o ratificada la voluntad de la demandante, de permanecer en el RAIS, por el traslado realizado con posterioridad a la AFP PORVENIR S.A., pues, el acto se reputa ineficaz desde su comienzo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, argumentó que, no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, pues, no había una expectativa legítima para la actora, pues, al momento de su traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión; que, la actora, no es beneficiaria del régimen de transición, por lo tanto, no es posible que se dé su retorno al RPM, en cualquier tiempo; citó un pronunciamiento jurisprudencial, de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Pereira, indicando que la sola inconformidad en cuanto al monto de la

pensión, que le sería reconocido a la actora, en el RAIS, no es por sí sola prueba suficiente del engaño o una equivocada información por parte del Fondo; indicó que, no se demostró la información falaz dada por la AFP, a la demandante, máxima si se tiene en cuenta que para el año del traslado, ésta sólo tenía la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado; considera que, en el presente caso, lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, y que su deseo fue continuar cotizando al RAIS, de manera libre y voluntaria.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, aseguro no compartir la decisión de la Juez de Primer Grado, por cuanto no se deja claro qué es lo que efectivamente se declara, ya que, por un lado, se asegura que la actora, nunca estuvo en el RAIS, pese a que hay que trasladarle los beneficios financieros; por otro lado, se asegura que el acto está viciado y que las cosas deben retrotraerse a su estado original, efecto jurídico de las nulidades sustanciales; y, además, se asegura que se debe declarar la ineficacia en sentido estricto, porque así lo dice la Corte Suprema de Justicia; que, no es cierto que, el resultado de la ineficacia en sentido estricto, sea retrotraer las cosas a su estado original, sino que los efectos se encuentran contenidos en la ley, y por tanto, al revisar las normas relacionadas con el deber de información para el año 1999, se tiene que ninguna consagra la ineficacia como consecuencia de la omisión a dicho deber, sin embargo, el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, si contempla que lo procedente es dejar al afiliado libre, para que ejerza voluntariamente la afiliación; que, la calidad de profesional del derecho de la demandante, pesa en la decisión que trasladarse de régimen pensional, pues, la información es proporcional al nivel profesional, y mal pueden aprovecharse de su propia culpa y negligencia para señalar que no fue debidamente asesora; que, en relación con los gastos de administración, no pueden ser restituidos, pues, la misma Ley 100 de 1993, determina cuál es su distribución, estos, que una parte va al fondo de previsión, otra a las aseguradoras y otra es la comisión de administración, entonces, en dos elementos se afectan los derechos de terceros, que no son susceptibles de terceros y corresponden a obligaciones de tracto sucesito, y el tercero, que son unos frutos, no susceptibles de restitución; que, los emolumentos correspondientes a gastos de administración, que no hacen parte de la pensión, sí son susceptibles de prescripción.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES solicita su absolución ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las

administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E. De igual manera, PORVENIR S.A. pretende que se revoque el fallo en relación a que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el traslado pues no se alegó y menos probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el nivel profesional que ostenta la demandante, es argumento suficientemente válido, para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información; iii) si procede la orden de devolución de gastos administración y, iv) si operó el fenómeno de la prescripción, respecto de los mismos.

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 PORVENIR 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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, aclararse que, la carga de la prueba le corresponde a la Administradora privada de pensiones, 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 sentido, al plenario se allegaron, derechos de petición radicados por la demandante, ante las demandadas, solicitando su traslado al RPM (fls. 12-29); reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES (fls. 114-115); consulta SIAF (fl.147); formulario solicitud de afiliación y traslado de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIAS, suscrito el 09 de abril de 1999 (fl. 148); solicitud de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., del 30 de agosto de 2004 (fl.149); certificación de afiliación de la demandante a la AFP PORVENIR S.A. (fl.152).

Igualmente, dentro del curso del proceso, la demandante, absolvió interrogatorio de parte, indicando que, es de profesión abogada, trabaja en la Superintendencia de Industria y Comercio; que, no recibió asesoría al momento de su afiliación al ISS, porque, venía de la Caja de la Superintendencia y los trasladaron al Seguro Social; que, en el año 1999, llegaron asesores de distintas Administradoras privadas de pensiones, a su lugar de trabajo, con autorización de la oficina de Recursos Humanos, para dar una información grupal, luego, al día siguiente, los asesores fueron a las oficinas, con un listado en mano, que contenía nombre y apellido de los trabajadores, los llamaban y firmaban; que, en esa época se hablaba de la desaparición del Seguro Social, que iban a perder pensión, mientras que los Fondos privados le ofrecieron pensionarse a cualquier edad, sin mencionar los requisitos para acceder a ese beneficio; que, si fallecía sus beneficios podrían quedarse con los recursos que tuviera en el fondo; que, no explicaron nada de los rendimientos, ni aportes voluntarios; que, se cambió

a la AFP PORVENIR S.A., porque escuchó que COLPATRIA se iba a fusionar con otra Administradora, y la AFP PORVENIR S.A., le ofrecía mayor seguridad; que firmó los formularios de afiliación sin presión, pero de manera rápida, por salir del paso, porque estaba trabajando; que, le nunca hicieron una comparación entre las características de uno y otro régimen pensional.

También declaró en el proceso el señor GENALDO RODRÍGUEZ BARBOSA, quien manifestó ser compañero de trabajo de la demandante, en la Superintendencia de Industria y Comercio desde 1994 hasta 2009; que, en esa Entidad, luego de la expedición de la Ley 100 de 1993, se programaron unas visitas de distintas Administradoras privadas de pensiones, quienes daban unas charlas grupales, explicando las ventajas que podrían tener quienes se afiliaran a dichos fondos, comparado con el Seguro Social, que en ese momento estaba en una situación crítica, difícil y a punto de liquidarse; que, la AFP COLPATRIA les ofreció una cuenta individual, que generaría una rentabilidad, además de posibilidad de pensionarse en cualquier momento de su vida, que sólo debían hacer unos aportes adicionales y que el ISS estaba prácticamente quebrada y no le garantizaría la pensión a los afiliados; nunca les hablaron de desventajas del RAIS, no se determinaba la cuantía de la mesada pensional, ni en qué tiempo se podía dar; que, en la Superintendencia, había constantemente asesores de Administradoras de fondos privados, pero, él no se trasladó porque tenía régimen de transición y en el RAIS, no le garantizaban los mismos beneficios que en el RPM.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando estaba COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS hoy AFP 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 a la señora LUZMILA ELENA LASTRE AGUAS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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, existió error de hecho cuando la demandada AFP PORVENIR S.A. antes COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPATRIA S.A., el 09 de abril de 1999, 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; sin que el posterior cambio de Administradora, a la AFP PORVENIR S.A., 30 de agosto de 2004, validara el inicial, como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.”*

De otra parte, tampoco resulta valido el argumento expuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., respecto al nivel profesional que ostenta la demandante, pues, su condición de abogada, no tiene la capacidad suficiente para exonerar a esa Administradora de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta.

Ahora, dado que el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., también se muestra inconforme con la orden impuesta a ese Administradora, encaminada a restituir no solo el capital y rendimientos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sino también los gastos de

administración, 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).” (Negrilla fuera de texto)

Finalmente, en relación con la prescripción, que considera la AFP PORVENIR S.A., operó respecto de los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dicho capital hace parte de los aportes realizados al RAIS para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad, como lo advierte la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1421 del 10 de abril de 2019, donde indicó:

Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho

fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741...”

Resultan suficientes así las consideraciones efectuadas para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente por haberle sido desfavorable la alzada. 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 14 de abril de 2021, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LUZMILA ELENA LASTRE AGUAS** 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.

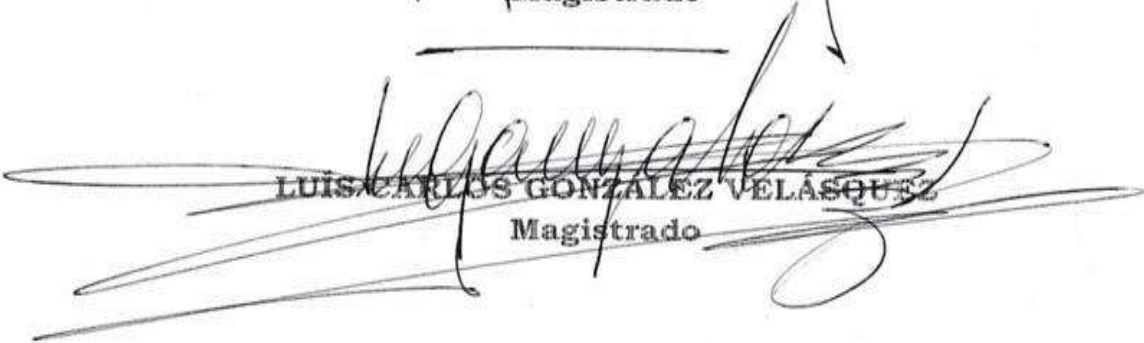
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.000. 000.00, a cargo de cada una y en favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
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 DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105004201800810-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (2022), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Seguridad Social – pensión de invalidez post mortem y sustitución pensional.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS** en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, promovió demanda ordinaria laboral contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que, se reconozca en favor del afiliado Julián David Peña Villalobos, pensión de invalidez post mortem, a partir del 30 de julio de 2016; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la sustitución pensional, como madre del afiliado fallecido, a partir del 4 de septiembre de 2017, con los respectivos reajustes y mesadas adicionales de ley, así como el retroactivo de la pensión de invalidez post mortem, causado entre el 30 de julio de 2016 y el 04 de septiembre de 2017 y los intereses moratorios del artículo 141 de 1993; que, se ordene el pago de las condenas, debidamente indexadas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho que se generen en el presente proceso.

De manera subsidiaria, solicitó que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a reconocerle y pagar la pensión de sobrevivientes, como madre dependiente del causante Julián David Peña Villalobos, a partir del 04 de septiembre de 2017, junto con los reajustes legales, mesadas adicionales e intereses moratorios, las costas y agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, se encontraba afiliado a la AFP PORVENIR S.A., no contrajo nupcias, no convivió en unión libre con nadie, ni procreó hijos, viviendo únicamente con ella y convirtiéndose en su apoyo económico, al haber asumido el 80% de los gastos del hogar, ya que, la actora, tuvo que dejar el trabajo, para dedicarse a atenderlo en su enfermedad.

Indicó que, el Joven Peña Villalobos, fue calificado por la AFP PORVENIR S.A., con una PCL del 66%, de origen común, estructurada el 30 de julio de 2016, fecha para la cual tenía cotizadas más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su enfermedad; sin embargo, éste falleció el 04 de septiembre de 2017, sin que se le reconociera la pensión de invalidez.

Refirió que, su hijo fallecido, también dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, por lo que, se presentó a reclamar a la AFP PORVENIR S.A., el reconocimiento de esa prestación, pero, mediante comunicación del 17 de noviembre de 2017, reiterada el 19 de septiembre de 2018, dicha pensión le fue negada argumentando la demandada, que no cumplía con el requisito de la dependencia económica respecto del causante, pese a que, está plenamente demostrado que es su única beneficiaria (fls. 3-10).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada **AFP PORVENIR S.A.**, dio contestación con escrito visible a folios 61-72, en donde se opuso a todas las pretensiones; negó la mayoría de los hechos, indicando que, en el RAIS, no se presenta la figura de la sustitución pensional; y que, en todo caso, la demandante, no cumple con el requisito de la dependencia económica, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su hijo, pues, para la fecha de fallecimiento del afiliado causante, ésta contaba con una unión marital de hecho vigente con el señor William Enrique Monterrosa Angulo, lo que pone de presente que su núcleo familiar, vida en común y ayuda mutua era con el referido señor y no con el causante, quien tampoco la tenía inscrita como su beneficiaria en salud ni pensión. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación por ausencia de los presupuestos y requisitos legales para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (fls. 61-72).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2021, el Juzgado cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra; condenando en costas al demandante.

Consideró el Juez de Primera Instancia, que, el aporte del causante, según el dicho de la actora, sólo era de \$250.000, con los cuales cubrían sus propios gastos, sin que por ello, se pueda extraer la dependencia económica exigida por la ley, para hacerse beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo; que, los testigos que declararon en el proceso fueron de oídas y citando sus propias palabras, supone que el causante le ayudaba a la demandante, pues, ella siempre les indicó que era un hijo maravilloso y muy colaborador, pero, nada informaron respecto al monto de la ayuda que el fallecido le brindaba a la actora, para solventar las necesidades de su señora madre y no las propias; que, el cuidado y acompañamiento moral que la demandante, le brindó al fallecido, durante su enfermedad, no denota la dependencia económica requerida.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte demandante, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque la decisión de Primera Instancia, y se acceda al reconocimiento de las pretensiones principales o subsidiarias de la demanda, toda vez que, el fallecido dejó causado el derecho a la pensión de invalidez, siendo su señora madre su única beneficiaria, sin que por el hecho de que los testigos manifestaran dentro del curso del proceso que no visitaban de forma presencial a la actora y su hijo, pueda desconocerse el derecho pensional que le asiste, más aún cuando todos los declarantes fueron congruentes y espontáneos en manifestar que Julián David Peña Villalobos, ayudaba en su hogar y que una vez cayó en desgracia, por el estado de salud debido al cáncer que le fue diagnosticado, hubo una desmejora en la calidad y nivel de vida de la aquí demandante, lo que resulta suficiente bajo las instrucciones de las jurisprudencias de las altas Cortes, para tener por acreditada la dependencia económica requerida para el reconocimiento del derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Corrido el traslado de Ley, la AFP PORVENIR S.A., solicitó confirmar la sentencia apelada, por encontrarse ajustada a Derecho, al no haber demostrado la demandante, la dependencia económica respecto de su hijo fallecido, para ser acreedora de la pensión de sobrevivientes deprecada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación presentado por la parte demandante, conforme a lo establecido en el artículo 66A del CPTSS, la Sala, deberá determinar si JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, dejó causado el derecho a la pensión de invalidez y en consecuencia, si procede su reconocimiento post mortem; además, si se encuentra acreditado por la demandante el requisito de la dependencia económica, para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo.

DE LA CONDICIÓN DE AFILIADO DEL CAUSANTE A LA AFP DEMANDADA Y DE SU CONDICION DE HIJO DE LA DEMANDANTE

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda y la documental que milita a folios 33 a 34 y 73 s 80, se tiene por acreditado que el señor JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, estuvo afiliado a la AFP PORVENIR S.A., desde el 18 de octubre de 2011, realizando cotizaciones como trabajador dependiente de manera ininterrumpida hasta septiembre de 2017.

De otra parte, no es materia de controversia la relación de parentesco que detentan la promotora de esta actuación con el afiliado fallecido, la que por demás se corrobora con el registro civil de nacimiento de éste obrante a folio 22.

DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ POST MORTEM

Con el fin de resolver las suplicas de la actora, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El artículo 69 de la Ley 100 de 1993, dispone que, *“El estado de invalidez, los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la presente Ley”*.

Por su parte, el artículo 38 de la misma Ley, refiere que *“se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”*.

Como requisitos para obtener la pensión de invalidez, el numeral primero del artículo 39 *ibidem*, establece:

ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración...”

En el presente caso, de acuerdo con la documental obrante a folios 35 a 40 y 87 a 92, esto es, el dictamen No. 3111512, elaborado por Seguros de Vida Alfa S.A., el 27 de octubre de 2017, se advierte que JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, presentaba una pérdida de capacidad laboral del 66.28%, de origen común, estructurada el 30 de julio de 2016; y, pese a que dicho dictamen se emitió con posterioridad a su deceso, allí se indicó que “*Paciente solicita PCL para trámite de pensión por invalidez para lo cual se expide documento el cual solo puede ser usado para tal fin*”; así las cosas, de no haberse presentado el desenlace fatal de su fallecimiento, dicha calificación era y resulta plenamente válida para el estudio de la pensión de invalidez deprecada.

Por lo tanto, basta señalar que, como se evidencia del dictamen antes referido, JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, acreditó su estado de invalidez, pues, fue calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 66.28%, superior al 50% de que trata el artículo 38 de la Ley 100 de 1993; y, en cuanto al requisito de las 50 semanas cotizadas, dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, entre el 30 de julio de 2013 y el 30 de julio de 2016, conforme a la relación histórica de movimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, obrante a folios 33 a 34 y 74 a 80, también se encuentra superada esta exigencia, pues, durante dicho lapso de tiempo cotizó 154.28 semanas.

Así las cosas, no existiendo discusión alguna respecto al cumplimiento de los requisitos legales para que JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS hubiese adquirido este derecho pensional, habrá de revocarse la sentencia apelada, en este sentido, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez post mortem, a favor de JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, en cuantía de un salario mínimo mensual legal vigente para el año 2016, esto es, la suma de \$689.455, a partir del 30 de julio de 2016. Lo anterior, comoquiera que, al calcular el IBL sobre lo cotizado durante toda la vida laboral del causante, se obtiene un total de \$794.678, al que, aplicada una tasa de reemplazo del 54%, arroja una mesada pensional de \$429.126, inferior al mínimo legal, debiendo entonces reajustarse la prestación en estudio hasta el SMLMV de aquella anualidad, en cumplimiento del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Ahora, el retroactivo pensional causado entre el 30 de julio de 2016 al 04 de septiembre de 2017, fecha de fallecimiento del causante, arroja un total de \$10.159.810, suma a la que se condenará a la parte demandada.

Advirtiéndose que, en el presente caso, no operó el fenómeno de la prescripción, pues, entre la fecha del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral 27 de octubre de 2017 y la presentación de la demanda, el 30 de noviembre de 2018, no transcurrió el término trienal fijado en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Continuando con el estudio del recurso de apelación, procede la Sala, a determinar, si la actora, es beneficiaria o no de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS.

Al respecto, comoquiera que, es la fecha del fallecimiento la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso del causante, se produjo el 04 de septiembre de 2017, como se lee en el registro civil de defunción que obra a folios 21 y 93, se remite la Sala a lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, y que reza:

“Art. 47.- Modificado. Ley 797 de 2003, art. 13. Son beneficiarios de la pensión de sobreviviente:

...

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente (de forma total y absoluta) de éste.”

Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional mediante Sentencia C-111 del 22 de febrero de 2006 declaró exequible el literal d) de la norma referida, salvo la expresión “*de forma total y absoluta*” señalada entre corchetes que fue declara inexecutable, indicándose;

*“Partiendo de estas consideraciones, se concluye que **la decisión adoptada por el legislador frente a los padres del causante** a pesar de ser conducente y adecuada para el logro de un fin constitucional válido, como lo es el correspondiente a la preservación económica y financiera del fondo mutual que asegura el reconocimiento y pago de las prestaciones que surgen de la seguridad social, **desconoce el principio constitucional de proporcionalidad, pues como se demostró dicha medida legislativa sacrifica los derechos al mínimo vital y a la dignidad humana, y los deberes que le incumben al Estado de solidaridad y protección integral de la familia, que en términos constitucionales se consideran más importantes en defensa y protección del Estado Social de Estado.***

Por lo anterior, la Corte declarará inexecutable la expresión: “de forma total y absoluta” prevista en la disposición acusada, para que, en su lugar, sean los jueces de la República quienes en cada caso concreto determinen si los padres son o no autosuficientes económicamente, para lo cual se deberá demostrar la subordinación material que da fundamento a la pensión de sobrevivientes prevista en la norma legal demandada.

Para el efecto, es indispensable comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento de fallecer su hijo. En este contexto, es innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.” (Negrilla fuera de texto)

Es necesario entonces, entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de determinar si los demandantes dependían del causante.

Al respecto, al plenario se allegaron como pruebas, respuesta del 17 de noviembre de 2017, dada por la AFP PORVENIR S.A., negando a la actora, la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, “*teniendo en cuenta que al momento del fallecimiento del señor(a) JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS usted no dependía económicamente de él*” (fls. 23 y 81); en igual sentido, el 05 de junio de 2018, la demandada, le informó a la demandante, que, “*Esta Administradora procedió a realizar las validaciones pertinentes para determinar si Usted dependía o no económicamente de nuestro afiliado, evidenciando que para la fecha de fallecimiento del señor JULIÁN DAVID PEÑA VILLALOBOS Usted contaba con una unión marital vigente con el señor WILLIAM ENRIQUE MONTERROSA ANGULO, situación que pone de presente su núcleo familiar, vida en común y ayuda mutua con el referido señor, por lo que su dependencia económica se encuentra dada respecto de éste*” (fls. 82-83); respuesta reiterada el 19 de septiembre de 2018, donde señaló la AFP PORVENIR S.A., que “*1. No es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez a la señora Gloria Esperanza ya que esta solo es dable al afiliado que en su momento presentase la invalidez, en este caso como el afiliado ya falleció lo que procede es determinar el derecho o no al reconocimiento de la pensión por invalidez. 2. no es procedente el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a favor de su apoderada dado que para la fecha del fallecimiento del afiliado la señora Gloria Esperanza contaba con una Unión marital De hecho (...) 3. no hay lugar al reconocimiento de retroactivo alguno por concepto de pensión de invalidez dado que el afiliado falleció, y la invalidación no se reconoce a favor del afiliado no a favor de terceros. 4. no hay lugar al pago de intereses moratorios ya que la prestación fue definida y en ella se dejó claro que su apoderada no tiene tal derecho. 5. no hay lugar al giro de sumas indexadas por reconocimiento pensional...*” (fl. 24).

También se allegaron declaraciones extraproceso rendidas por la demandante y los señores Luis Eduardo Delgado Beltrán, Ana Ceila Rocha Pulido, John Silva Rojas, las cuales fueron ratificadas dentro del proceso y la declaración de Ángela Gissel Cortes Urrego, quien no compareció (fls. 25-32 y 85).

Al absolver interrogatorio de parte, la demandante, informó que, vive en unión libre desde hace 23 años, con el señor William Enrique Monterrosa Angulo; que, compartían la misma vivienda arrendada, con el causante y su otro hijo, quien para la fecha de los hechos era menor de edad; que, JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, comenzó a trabajar en el año 2012, con CASUR, como auxiliar de Tesorería, donde recibió como último sueldo entre \$800.000 o \$900.000; que, antes de enfermarse, su hijo Julián David, le daba una cuota, para los gastos de la casa, de \$250.000, los cuales ella destinaba para *“ayudas de arriendo o servicios o alimentación (...) éramos tres personas que trabajamos, mi esposo que no era el papá de él, él y yo, pero pagamos arriendo, servicios, alimentación, transporte y de mi hijo menor el transporte para el colegio y con esos \$250.000 él me decía mami, yo toda la vida he ganado el mínimo”*; que, su compañero, a veces contribuía y a veces no, por lo que le tocaba a ella, quien ganaba el salario mínimo legal, aportar el 75% de sus ingresos; que, para esa época, los gastos de la familia eran cerca de \$700.000, de los cuales \$400.000 eran para el arriendo y el resto para alimentación y servicios públicos; refirió que, cuando su hijo falleció, ella se dedicaba a cuidarlo, porque él estaba postrado en una silla de ruedas y sólo podía mover su boca; que, ella tuvo que renunciar a su trabajo, y lo cuidó por 14 meses y 12 días, hasta su fallecimiento; que, durante el padecimiento del causante, el dinero que él recibía por concepto de incapacidades era para cubrir los gastos de su enfermedad, como pañales, pañitos, silla de ruedas y transporte; que, comenzó a atrasarse en el pago del arriendo, entonces como *“CASUR hizo una recolecta de \$4.000.000 casi \$5.000.000, mi hijo me autorizó para amortiguar unos meses de deuda, y lo otro para utilizarlo para sus cosas mientras salió a favor la tutela y a partir del mes de mayo le empezaron a dar los pañales y ya no tenía que comprarle eso”*; aclaró que el dinero que aportaba su hijo, nunca fue para ella, sino para los gastos del hogar y luego para atender su enfermedad.

JOHN SILVA ROJAS, declaró que fue compañero de la demandante, entre 1992 y 2004, en la empresa PLASTIGAR LTDA; que, también conoció a su hijo Julián David, desde pequeño; que, el testigo renunció a la empresa y se alejó de la actora 3 o 4 años, porque se fue a trabajar a otra ciudad, pero, luego cuando regresó a Bogotá, mantuvo mucho contacto telefónico con ella, montó su propia empresa y cuando se enteró de la enfermedad del joven PEÑA VILLALOBOS, estuvo muy pendiente, porque Gloria Esperanza, tuvo que renunciar a su trabajo para cuidarlo, y quedó dependiendo sólo de los ingresos de su hijo; que, es su actual empleador, desde hace 2 o 3 años; respecto a la enfermedad del causante, dijo que, éste un día se sintió mal, se hizo exámenes médicos y le detectaron el cáncer, al cual le hicieron

tratamiento, pero que finalmente le produjo la muerte; indicó que, al morir Julián, no le habían reconocido la pensión de invalidez, a pesar de que ya lo había calificado con más del 60%; que, con el fallecimiento del causante, la demandante, quedó en una situación económica muy delicada, porque estaba desempleada, con otro hijo menor de edad y con todas las obligaciones del hogar.

LUIS EDUARDO DELGADO BELTRAN, dijo que ingresó a trabajar en PLASTIGAR LTDA, en el 2004 y allí ya trabajaba la demandante; que, también conoció a su hijo Julián David, y que, según *“le pudo contar GLORIA”*, él trabajaba en una empresa del Gobierno, como auxiliar de contabilidad; supone que el joven recibía como salario el mínimo, porque era muy joven y cree que se trató de su primer empleo; que, cuando trabajaron juntos, la actora, tenía como pareja al señor William Angulo, quien para entonces trabajaba como mensajero de una empresa de repuestos, incluso andaba en una moto; que, no visitaba la casa de la actora, simplemente eran compañeros de trabajo; que, él también trabaja actualmente en la empresa del señor JOHN SILVA ROJAS; que, la actora le comentaba que cuando iba a hacer mercado y no le alcanzaba, el causante, también aportaba para gastos de la casa; que, durante la enfermedad de su hijo, la demandante, renunció al trabajo y un día que el testigo la llamó le dijo que estaba pidiendo dinero prestado en una parte y otra para subsistir.

ANA CEILA ROCHA PULIDO, señaló que conocía a la demandante, desde 1990 o 1991, porque ella le colaboraba en su casa, cuando la testigo tenía sus hijos pequeños; que, conoció al causante desde muy pequeño, sabe que Julián David Peña Villalobos, trabajó en una empresa de retirados de la Policía, desconoce si le colaboraba a la actora, *“pero lo asumo porque Gloria siempre me comentó que Julián David era muy buen hijo con ella; con Gloria siempre hemos tenido contacto desde esa época y cuando se presentó esta desafortunada situación de ella, permanentemente nos estábamos comunicando y, pues, asumo que sí, que él le ayudaba, realmente ella siempre me comentó que Julián David era muy buen hijo, y siempre estaba muy pendiente de ella y su hermanito”*; que, la actora, debió retirarse de trabajar por la incapacidad en que fue quedando su hijo hasta llegar a su muerte, por lo que, tuvo que enfrentar una difícil situación, porque el fallecido dependía totalmente de los cuidados de la mamá, sin recibir una pensión con la cual hubiera podido ayudarse económicamente.

De las pruebas antes reseñadas, claro es para la Sala, y no se desconoció por la actora, que, hasta antes de la enfermedad de su hijo, ella trabajaba y tenía un compañero permanente, quien dependiendo de sus posibilidades aportaba o no al hogar y mal pueden confundirse los alimentos que se deben los cónyuges o compañeros permanentes, con la dependencia económica de un padre hacia su hijo, por lo que, sin importar si la señora PEÑA VILLALOBOS tenía un compañero permanente, lo cierto es que, la AFP PORVENIR S.A., no arrió al proceso prueba alguna adicional a ese argumento, para desvirtuar la autosuficiencia económica de la demandante,

quedando sí demostrado, que su hijo fallecido, tenía que contribuir en el hogar, porque los ingresos aportados por ella u ocasionalmente por su pareja, no eran suficientes para cubrir las necesidades de su familia de forma digna, sin que se tratara de una simple colaboración por parte del causante hacia su madre, sino de un verdadero soporte o sustento económico.

No debe olvidarse que conforme a reiterados pronunciamientos jurisprudenciales, la dependencia económica exigida para acceder a la pensión de sobrevivientes no puede concebirse como aquella frente a la cual el o los beneficiarios se encuentren en estado de mendicidad o indigencia, en tanto de que la situación de recibir dinero de otras fuentes no significa que sea económicamente autónomo y pueda subsistir sin la ayuda de sus hijos; en consecuencia, igualmente se revocará la sentencia apelada en este sentido, para en su lugar condenar a la demandada AFP PORVENIR S.A., al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBO, por el fallecimiento de su hijo JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, en cuantía de \$737.717, a partir del 04 de septiembre de 2017, con los ajustes de cada anualidad; resultando hasta la fecha de la presente decisión, conforme a lo señalado en el inciso segundo del artículo 283 del CGP, un retroactivo a favor de la actora, por la suma de \$54.734.154, el cual se deberá actualizar por la demandada, al momento del pago de la prestación pensional.

Igualmente, se autorizará a la AFP PORVENIR S.A., a efectuar los descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la actora, como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, a partir de la fecha de disfrute de la prestación económica, 04 de septiembre de 2017, con el fin de que sea transferido a la EPS, a la que se encuentre afiliada.

En cuanto a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 deprecados, debe señalarse que, indiscutido como resultó el derecho que le asistía a la señora GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, a acceder a la pensión de sobrevivientes, y que, la AFP PORVENIR S.A., no sustentó su negativa en ninguna de las causales de exoneración desarrolladas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL 5079-2018 reiterada en la sentencia SL4103- 2019, esto es:

“1. El derecho pensional reclamado se hubiese causado antes de la vigencia de esa ley, es decir, previo al 1° de abril de 1994 (CSJ SL, 16 sep. 2008, rad. 34358). 76001310501320160017001

2. Existe una nueva liquidación que genere un mayor valor o diferencias en la mesada pensional (CSJ SL 6 dic. 2011, rad. 30852 y CSJ SL17725-2017).

3. Cuando la negativa de las entidades para reconocer las prestaciones a su cargo tiene respaldo en las normas que en un comienzo regulaban la situación o su postura proviene de la aplicación minuciosa de la ley sin los

alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces (CSJ SL704-2013).

4. Se otorga una prestación pensional en aplicación de un cambio de criterio jurisprudencial (CSJ SL 787-2013, rad.43602, reiterada en la sentencia CSJ SL2941-2016).

5. Se inaplica el requisito de fidelidad al sistema. Así se expuso en la sentencia CSJ SL10637-2014, reiterada en CSJ SL6326-2016, CSJ SL070-2018 y CSJ SL4129-2018.

6. La controversia se define bajo una interpretación normativa, como sucede en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa (CSJ SL12018-2016).

7. Existe controversia entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, tal como se precisó en sentencias CSJ SL 21 sep. 2010, rad. 33399 y CSJ SL 14528-2014”.

También se condenará a la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a la señora GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada mesada pensional, desde el 24 de diciembre de 2017 y hasta que se haga el pago efectivo de las mesadas retroactivas adeudadas, esto teniendo en cuenta que la actora, reclamó el derecho pensional el 23 de octubre de 2017 y conforme a lo establecido por el artículo 1 de la Ley 717 de 2001, la Administradora de pensiones, tenía el término de dos meses para resolver su petición.

Finalmente, se debe advertir que, en este caso, tampoco está llamada a prosperar la excepción de prescripción, pues, entre el fallecimiento del causante, 04 de septiembre de 2017 y la radicación de la demanda, el 30 de noviembre de 2018 (fl 41), no transcurrió el termino fijado en los artículos 151 del CPTSS y 488 del CST.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado por la parte demandante.

Sin Costas en esta Instancia por haberle sido desfavorable la alzada a la recurrente. Se revocan las de Primer Grado, que serán a cargo de la demandada.

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: REVOCAR la sentencia apelada, proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá; para en su lugar

CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar a favor de JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, la pensión de invalidez post mortem, en cuantía de \$689.455, a partir del 30 de julio de 2016 y hasta el 04 de septiembre de 2017, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a reconocer y pagar a favor de la demandante GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo JULIAN DAVID PEÑA VILLALOBOS, en cuantía de \$737.717, a partir del 04 de septiembre de 2017, junto con los ajustes legales e intereses moratorios a partir del 24 de diciembre de 2017 sobre cada mesada pensional, desde el 24 de diciembre de 2017 y hasta que se haga el pago efectivo de las mesadas retroactivas adeudadas, conforme se indicó en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a pagar a favor de la demandante GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, la suma de \$10.159.810, correspondientes al retroactivo de la pensión de invalidez post mortem.

CUARTO: CONDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a pagar a favor de la demandante GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, la suma de \$54.734.154, por concepto de retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes, valor que deberá actualizarse por la demandada, al momento del pago de la prestación pensional.

QUINTO: AUTORIZAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, para que efectué los descuentos de la suma reconocida como retroactivo de la pensión de sobrevivientes, por el valor constitutivo de las cotizaciones al Sistema de Seguridad Social en Salud a cargo de la actora GLORIA ESPERANZA PEÑA VILLALOBOS, a partir de la fecha de disfrute de la prestación económica, 04 de septiembre de 2017, con el fin de que sea transferido a la EPS, a la que se encuentre afiliada.

SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada.

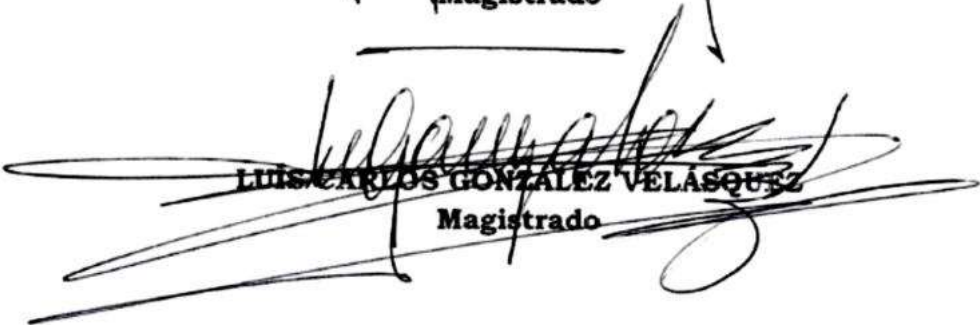
SÉPTIMO: Sin Costas en esta Instancia por haberle sido desfavorable la alzada a la recurrente. Se revocan las de Primer Grado, que serán a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
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 DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008201900813-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Procede la sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de Colpensiones y Porvenir S.A., en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ESPERANZA GÓMEZ BERMÚDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva al Dr. Nicolás Eduardo Ramos Ramos, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.018.469.231 y tarjeta profesional 365.094 del C.S.J., como apoderado sustituto de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido. Asimismo, se reconoce personería adjetiva a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional 221.228 del C.S.J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

Esperanza Gómez Bermúdez promovió demanda ordinaria laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., pretendiendo que se declare la nulidad o ineficacia del traslado realizado del ISS a Porvenir S.A. al no haber recibido información clara y precisa; que se ordene a Porvenir S.A. a trasladar los aportes en pensiones realizados como

cotizaciones, bonos, aportes adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses; que se condene a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados a Porvenir S.A. e incorporarlos a la historia laboral; costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que nació el 2 de noviembre de 1963, contando con 56 años de edad al momento de la radicación de la demanda; que comenzó a cotizar al USS el 28 de julio de 1986 hasta el 30 de noviembre de 1994, fecha para la cual fue trasladada a Porvenir S.A., sin que le hubiese sido explicado de manera clara y precisa las consecuencias y beneficios del cambio de régimen, ni la diferencia tan significativa en el monto de la pensión entre un régimen y el otro.

Refiere haber elevado solicitudes ante las demandadas previo a la presentación de la demanda, las cuales fueron resueltas desfavorablemente.

CONTESTACIONES 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 ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento y edad de la actora, el no ser beneficiaria del régimen de transición y las peticiones elevadas.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

COLPENSIONES propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de octubre de 2021, el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, dispuso declarar la ineficacia del traslado que realizó la señora Esperanza Gómez Bermúdez del RPMPD al RAIS administrado por Porvenir S.A. el 2 de diciembre de 1994; declarar válidamente vinculada a la demandante al RPM hoy administrado por Colpensiones como si nunca se hubiese trasladado; condenar a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; absolver a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra; declarar no probadas las excepciones probadas, y costas a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de Colpensiones y Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación, en base a los siguientes argumentos.

PORVENIR S.A. solicita que se declaren probadas las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, y se revoquen todas y cada una de las condenas impuestas a la AFP, por cuanto considera que no se puede dar una aplicación retroactiva de la norma, toda vez que lo que regía para el momento de la afiliación de la demandante era lo correspondiente al año 1994, afirmando que la vinculación si cumplió con todos los requisitos vigentes al momento del traslado, pues es tan solo hasta el 1 de julio del año 2010, que se considera obligatorio para las AFP privadas informar por escrito beneficios de cada uno de los regímenes, e informar el monto de la pensión, siendo admisible que la información hubiese sido suministrada de manera verbal, no dejando de ser así completa y veraz.

Igualmente, que las acciones para reclamar la ineficacia se encuentran prescritas, que la devolución de gastos de administración no es procedente, y que el bono pensional debe devolverse a la entidad emisora.

COLPENSIONES interpone recurso parcial, solicitando que se revoque la condena en costas que se impuso a dicha administradora, toda vez que el traslado de régimen se suscitó entre Porvenir S.A. y la demandante, siendo Colpensiones un tercero de buena fe, que actuó conforme los mandatos legales, refiriendo que no era posible realizar el retorno de la demandante, al encontrarse inmersa en la prohibición legal para ello.

Solicita además, que se adicione a la demanda, la condena a Porvenir S.A. de retornar a Colpensiones los saldos de la cuenta pensional de la demandante, junto con los rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** remitió alegatos de conclusión, indicando que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación.

Asimismo, que el fallador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, y que no tuvo en cuenta que el traslado efectuado reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifiesta que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de pruebas documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la actora, se llevó de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa. Igualmente, que no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado.

La apoderada de la parte actora remitió alegatos de conclusión, indicando que la señora Esperanza Gómez tiene derecho a que se decrete la ineficacia del traslado realizado, por no haber recibido por parte de Porvenir S.A., asesoría pertinente y congruente, que le hiciera ver los riesgos y beneficios del traslado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la sala a resolver el recurso de apelación 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 del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario de vinculación es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si Porvenir S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas recibidas recibidos por causa de la afiliación realizada, **iv)** si frente a las sumas de gastos de administración y acciones opera el fenómeno prescriptivo, y **v)** si los gastos de administración y demás sumas deben ser devueltas de manera indexada a Colpensiones. 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 110 del expediente, obra solicitud de vinculación y traslado del RPMPD administrado por el ISS a la AFP Porvenir S.A. diligenciado en el año de 1994, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta; igualmente se recibió interrogatorio de parte de la demandante, quien respecto a las condiciones de tiempo, modo y lugar de su traslado al RAIS manifestó que un asesor de Porvenir S.A. se acercó a las instalaciones de la entidad en la que laboraba, previa autorización del área de talento humano, quien le proporcionó 10 minutos al asesor para que les contaran acerca de los fondos de pensiones, manifestándole que el ISS se acabaría, y que podría perder lo que tenía ahorrado, siendo mas conveniente vincularse con la AFP; asimismo, que se le indicó que podría pensionarse antes, y que su pensión sería mejor a la del RPM; que la asesoría fue individual; que no le indicó cuales eran los requisitos para pensionarse en el RAIS; que no le indicaron cual era el capital que requería para pensionarse en dicho régimen; que no le explicó la diferencia entre ambos regímenes; que no le hablaron de gastos de administración ni de rendimientos financieros; que no fue coaccionada para firmar el formulario de vinculación; que se siente engañada por parte de Porvenir S.A., al considerar que no le dieron una información completa.

Asimismo se recibió interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir S.A., quien indicó fungir en dicha calidad hace 6 meses; que no existe otro documento diferente al formulario de afiliación en donde conste la información suministrada a la demandante.

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 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 a la señora Esperanza Gómez Bermúdez 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 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 2 de diciembre 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 RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración y demás emolumentos, 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 cubre 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.»

Frente a la devolución del bono pensional, en caso de existir, y en razón a que el mismo habría ingresado a los recursos de la demandante a través de su cuenta individual de afiliada, se confirmará su traslado a Colpensiones, al haber pasado a ser propiedad de la actora

Frente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en providencia CSJ SL1309-2021 indicó:

“(...) Frente a la segunda inconformidad del fondo de pensiones privado, relativa a que el bono pensional ya fue redimido en «2009», ante el cumplimiento de la edad para pensionarse por parte del actor, y que este ya no existe por cuanto los dineros fueron incorporados a la cuenta de ahorro individual del afiliado, sin que haya manera de anular el acto administrativo que lo reconoció, debe precisar la Sala, que la redención del bono pensional no puede ser un obstáculo para la recuperación o retorno al régimen de prima media con prestación

definida, pues al redimirse pasa a ser un derecho propiedad del afiliado que constituye uno de los recursos con los que se financia su pensión, conforme a lo previsto en el canon 115 ibidem, en donde se dispone que estos «constituyen aportes destinados a contribuir a la formación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones [...]

Con relación a la petición del apoderado de Colpensiones, frente a que se ordene la entrega de todos los emolumentos debidamente indexados, deberá precisar la sala que dicha pretensión no fue objeto de litigio, debiendo abstenerse esta corporación de su concesión, teniendo en cuenta que el artículo 50 del C.P.T. y de la S.S. establece que: “(...) *El Juez podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas (...)*”, facultades con las que cuenta únicamente el juez de primera instancia, para el caso en concreto, no habiendo lugar a tal modificación.

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.

En conclusión, basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia, y se condenará en costas de esta instancia a la recurrente dado el resultado adverso de su apelación.

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 4 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **ESPERANZA GÓMEZ BERMÚDEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

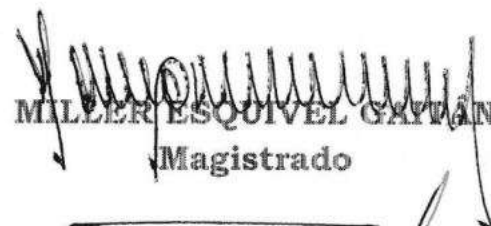
PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

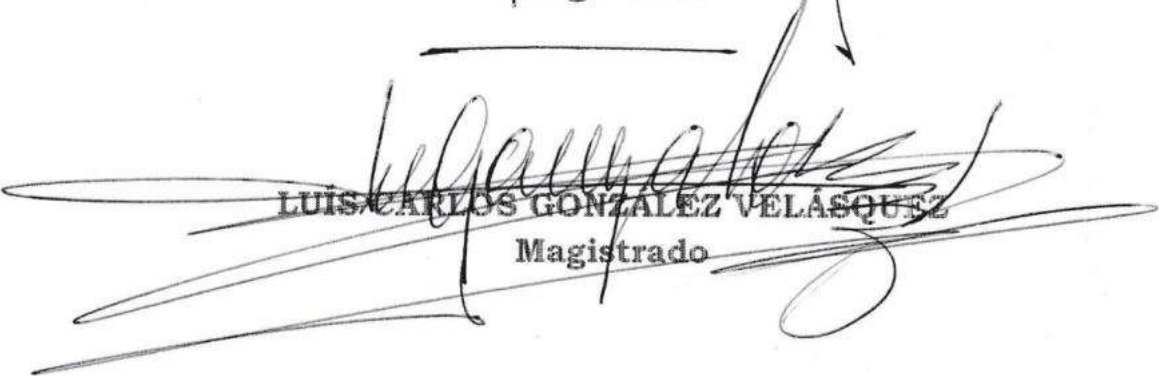
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho a cada una la suma de \$1.000.000.00, en favor de la actora.

NOTIFÍQUESE 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. 110013105037201900821-01

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

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

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37), dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA EUGENIA SUÁREZ CUBIDES** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva a la Dra. Paula Huertas Borda, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y tarjeta profesional 369.744 del C.S.J., como apoderada de Porvenir S.A., en los términos y para los fines indicados en el poder conferido.

ANTECEDENTES

María Eugenia Suárez Cubides pretende que se declare la nulidad del traslado inicial de régimen efectuado a Porvenir S.A., la cual se entenderá que no tuvo efectos jurídicos; que en virtud del regreso al RPMPD, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los saldos, incluidas las cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales, juntos con sus respectivos frutos e intereses que hubiere recibido con motivo de su afiliación; que se declare que la única afiliación válida es la efectuada a Colpensiones, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que nació el 7 de mayo de 1964, contando con 55 años de edad al momento de la presentación de la demanda; que el día 26 de septiembre de 1989 se afilió al RPMPD administrado por el ISS; que posteriormente fue trasladada con engaños al RAIS administrado por Porvenir S.A., mediante formulario de vinculación con fecha de efectividad a partir del 8 de mayo de 1996, sin que se le hubiese brindado la asesoría necesaria para informarla de su estado pensional, ni del capital que debería tener en su cuenta de ahorros para pensionarse con al menos un salario mínimo, sin que se le hubiese comunicado a Colpensiones mediante ningún medio, que su traslado había sido tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, tal y como lo exige la ley.

Indica que el 13 de septiembre de 1999, se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., entidad que incurrió en las mismas falencias del fondo anterior, al no suministrar información clara de forma concreta y actualizada sobre su situación pensional.

Por lo anterior, solicitó mediante escrito radicado ante cada una de las demandadas, la nulidad del traslado, sin recibir respuesta favorable alguna.

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, Protección S.A. y Colpensiones manifestaron en su mayoría no ser ciertos o no constarles, salvo los relacionados con la fecha de nacimiento de la actora, las vinculaciones efectuadas a cada una, y las peticiones presentadas. Porvenir S.A. indicó ser cierto únicamente el hecho relacionado con la petición elevada por la demandante.

COLPENSIONES propuso las excepciones de perentorias que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, e inexistencia de la obligación de devolver el pago del seguro provisional cuando se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.

PORVENIR S.A. propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda por la señora María Eugenia Suárez Cubides, condenando en costas a la parte actora, al considerar que con la reasesoría brindada por Protección S.A. en el año 2010, se entiende saneada la falta de información brindada al momento de la vinculación.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación en procura de que sea revocada la sentencia de primera instancia, manifestando que se le dio valor probatorio un documento de una presunta re asesoría, como si en el mismo hubiese constado una información clara, transparente y oportuna, para que la demandante en ese mismo instante hubiese tomado otra decisión, cuando es carga de las administradoras probar esa situación; aduce que si bien le realizaron una proyección realizada en el 2010, no se le explicó de manera clara y transparente de la misma situación con la venia desde el año 1996, sin que la prueba analizada de fe de las ventajas y desventajas, y demás información proporcionada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, **PORVENIR S.A.** remitió alegatos de conclusión, solicitando confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, máxime, cuando el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación.

Asimismo, que dentro del expediente se evidencia que la parte actora quiso continuar libre y voluntariamente vinculada al RAIS, sabiendo de los beneficios y consecuencias que tal decisión traería consigo.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** remitió alegatos de conclusión, aduciendo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPMPD, aunado a que tampoco se demostró vicio en el consentimiento, o asalto a la buena fe en el momento de vinculación al RAIS, más aún, cuando permaneció en dicho régimen por más de 20 años, sin manifestar inconformidad respecto al desempeño y administración, afianzando su decisión de permanencia.

Protección S.A. y la parte actora guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de primera instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, la sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión del juez de primera instancia, al absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra o si, por el contrario, hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la actora, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo.

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 es libre, siendo que una vez hecha ésta, 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 Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, 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, 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 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de 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.º 46292, 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, 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 la carga de la prueba, es así como en sentencia SL 33083 de noviembre de 2011 que relaciono la Sala como aplicación de la línea jurisprudencial previamente indicada, la Corte Suprema de Justicia sobre la carga de la prueba expresó que le corresponde precisamente 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 estima debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba, pues se encontraba concretamente el fondo de pensiones en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, pues evidentemente cuentan 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.

Al respecto, milita en el plenario reclamación administrativa presentada a Colpensiones (fl. 64), con su respectiva respuesta (fls. 67-68); solicitud de nulidad del traslado efectuado al RAIS radicada ante Porvenir S.A. (fl. 69) y su contestación (fl. 72); solicitud de vinculación a la AFP Porvenir S.A. suscrita el 11 de septiembre de 1995 (fl. 73); solicitud de nulidad del traslado efectuado al RAIS radicada ante Protección S.A. (fl. 77); historial laboral expedida por cada una de las administradoras demandadas; traslado horizontal efectuado a Protección S.A. el 1 de octubre de 1999; simulación pensional realizada por Protección S.A. el 20 de abril de 2010; formulario de reasesoría pensional (fl. 170); respuesta a derecho de petición por parte de Protección S.A. (fl. 171); extracto de pensiones obligatorias (fl. 173).

Se recibe interrogatorio de parte de la representante legal de Porvenir S.A., quien manifiesta que la única prueba que existe es el formulario de afiliación, atendiendo que para la fecha los postulados normativos permitían realizar una asesoría verbal; que no se realizó una proyección pensional; que si se le debió dar la información de los descuentos por gastos de administración y pagos por seguros previsionales.

Asimismo, se recibió interrogatorio de parte de la señora María Eugenia Suárez, quien frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se dio su vinculación a Porvenir S.A., manifestó que estaba en su lugar de trabajo en una reunión con un grupo de personas, informándosele que había llegado alguien, y que tenía que atenderla urgentemente, que debía salir; que cuando bajó, le comunicó a la persona que no podía atenderla, por cuanto estaba en una reunión con su jefe, a lo que le contestaron que tampoco tenía mucho tiempo, porque debía atender a otros clientes, pero que iba a hacerle un favor, aduciéndole que se había acabado el ISS, y que le llevaba un documento para que no se fuera a quedar sin fondo, que podría estar tranquila, que quedaría con un buen dinero cuando se pensione, porque el fondo privado pagaba mejor, por lo que asustada firmó, confiando en lo que se le dijo; que no se le indicó que pasaría con los aportes que tenía en el ISS; que no conocía los requisitos para pensionarse en la entidad pública; que no se acercó a las entidades a verificar la veracidad de la información; que no intentó retornar a Colpensiones antes del año 2011, por cuanto no sabía que podía hacerlo; que no se le indicó que sus aportes generarían rendimientos; que desea estar afiliada a Colpensiones, por cuanto tendría una mejor mesada pensional, por cuando ha ahorrado toda su vida para llegar a este momento, y tener en que apoyarse, que si no le hubieran dicho lo que le dijeron, no se hubiese desvinculado de Colpensiones.

Con relación a la afiliación a Protección S.A., indica que se traslada en el año 1999, llegó un asesor, y le indicó que los estaban citando para ofrecerles el traslado, manifestándole que tendría un mejor que el que le ofrecía Porvenir S.A., sin darle información adicional; que su empleador no la presionó para que realizara el traslado; que no le indicaron que necesitaba de una edad precisa para pensionarse con la AFP; que no leyó el formulario de afiliación; que no recuerda haber recibido reasesoría en el año 2010, así como tampoco

haber firmado documento en el que postergaba el traslado a Colpensiones; que un asesor de Protección S.A. le indicó en el año 2010 que debía confirmar los datos y el traslado que había hecho, solicitándole que le firmara el documento, y que eso fue todo. Que los valores que reposan en el expediente como proyección pensional, no se los mostraron; que no se le indicó que tenía plazo hasta el 2011 para retornar a Colpensiones; que firmó el formulario libre y voluntariamente; que no conoce que es un cálculo actuarial; que no ha realizado aportes voluntarios; que no se le comunicó nada sobre el bono pensional.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la sala que de ninguna manera se le informó a la demandante, de una forma expedita, aun cuando las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., estaban obligadas en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dichos Fondos no lograron demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA EUGENIA SUÁREZ CUBIDES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a 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.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administrada privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, 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 adocinado 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 mismo, en cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele a la demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería, debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, 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. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

De ahí que, existió error de hecho cuando las demandadas AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., enseñaron de manera incompleta las calidades del producto que ofrecían 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 la AFP PORVENIR S.A., el 11 de septiembre de 1995, 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.

En atención a lo expuesto, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto se abstuvo de declarar la nulidad del traslado que la demandante hizo del Instituto de Seguro Social al fondo privado administrado por el régimen de ahorro individual con solidaridad, a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A el 11 de septiembre de 1995, para en su lugar declararla.

Además, deberá condenarse a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, los gastos de administración y comisiones, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el régimen de Prima Media con Prestación Definida, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al régimen de Prima Media con Prestación Definida.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, teniendo en cuenta que las demandadas, propusieron la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse dicho fenómeno, contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente revierte 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, por lo cual no hay lugar a declararla probada.

Costas a cargo de las demandadas. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

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: REVOCAR la sentencia proferida el día 12 de agosto de 2021 por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por María Eugenia Suárez Cubides en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante María Eugenia Suárez Cubides a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 11 de septiembre de 1995, correspondiente al traslado de régimen que efectuó en ese momento, proveniente del Instituto de Seguros Sociales, así como los realizados horizontalmente.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, incluidos los gastos de administración.

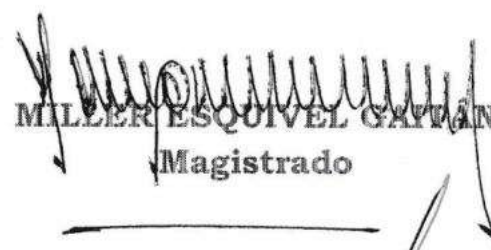
CUARTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

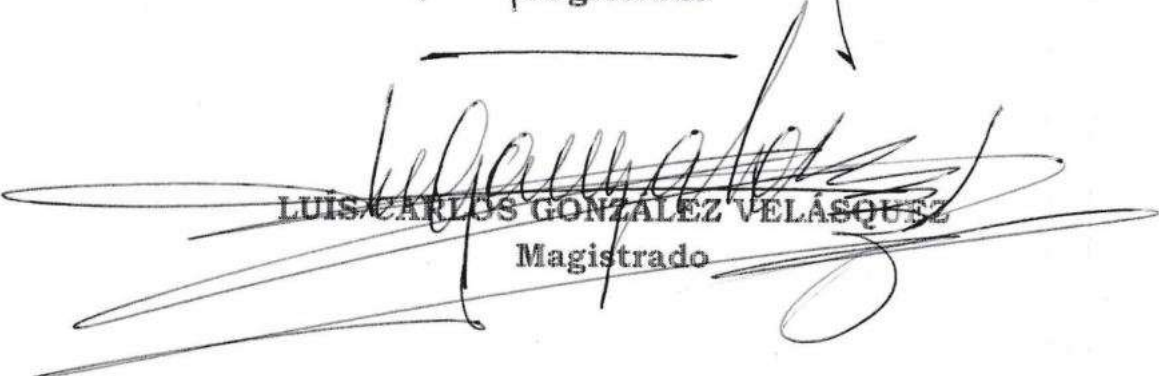
QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A. Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$1.000.000. Se **REVOCAN** las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFÍQUESE 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.
110013105003201900839-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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 el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HORTENSIA ESTRADA RAMÍREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado principal de COLPENSIONES al Dr. MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN en su condición de representante legal de WORLD LEGAL CORPORATIONSAS y como apoderada sustituta a la Dra. DIANA JOHANNA BUITRAGO RUGE en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 132 a 135.

ANTECEDENTES

HORTENSIA ESTRADA RAMÍREZ, pretende que previa declaratoria de la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS y la afiliación hecha a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A realizada el 30 de junio de 2000 por la falta de asesoría suficiente, adecuada, clara, oportuna y contraria a la realidad, y por tanto le asiste el derecho de permanecer vinculada al RPMPD administrada por COLPENSIONES; se ordene a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a que traslade a

COLPENSIONES todos los aportes que efectuara al RAIS desde su irregular afiliación hasta que se verifique el traslado debidamente indexados, y se ordene a COLPENSIONES que reciba de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A todos los aportes y a que actualice la historia laboral; costas y agencias en derecho; lo que resulte ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 9 de octubre de 1956; a la fecha acumula 1.245 semanas de trabajo y cotizaciones al sistema de seguridad social; cotizó al RPMPD 255 semanas; se trasladó COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el 30 de junio de 2000; ha cotizado al RAIS 990 semanas; ha elevado múltiples solicitudes de nulidad de traslado y sobre información de su bono pensional ante las demandadas siendo negadas; en una comunicación de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A le informó sobre una presunta multifiliación con el ISS a lo cual ella les reiteró su solicitud de quedarse en el RPMPD; en una simulación pensional expedida por la AFP le indican que su mesada pensional en el RAIS sería de \$859.366 mientras que en el RAIS sería de \$2.804.000 evidenciándose una diferencia que le afectaría en su mínimo vital. (fl 5-22)

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 y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad y las solicitudes elevadas con sus respectivas respuestas.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls 117)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica. (fls 117)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de agosto de 2021, el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS S.A realizado el 30 de junio de 2000, condenó en COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos con todos los rendimientos financieros e intereses causados; ordenó a COLPENSIONES aceptar el traslado de los aportes que efectúe COLFONDOS S.A para que proceda a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiese traslado del RPMPD y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado; y condenó en costas a las demandadas tasando las agencias en derecho en la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia, teniendo en cuenta que en el interrogatorio de parte la demandante aceptó recordar el nombre del asesor y si ello es así, entonces debió recordar cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar a través de las cuales se llevó a cabo la asesoría, como en efecto lo hizo, por lo que no se puede desconocer tal prueba, como tampoco el principio de sostenibilidad financiera que busca proteger la descapitalización del fondo común, de ahí que al no haber permanecido la demandante en el RPMPD desde el año 2000 mal puede decirse cuánto sería su mesada pensional; y en lo que tiene que ver con las costas y agencias en derecho no hay lugar porque se está condenando al ISS por un deber que era verificar o salvaguardar el derecho a al a libre escogencia de régimen sin tener inherencia en el negocio jurídico que se está demandando, amén de que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de retornar a COLPENSIONES

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la apoderada de la parte actora reitera que sea confirmada la sentencia en primera instancia, ya que el traslado efectuado no estuvo acompañado del deber de información, siendo el fondo el que soportaba la carga de la prueba de haber suministrado una información clara, completa y comprensible, sin que para acceder a la nulidad sea presupuesto ser beneficiario del régimen de transición o tener

una expectativa legítima de pensión. A su vez COLPENSIONES pide su absolución por cuanto el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria no observándose vicio de consentimiento, habiendo recibido la demandante toda la información necesaria del asesor lo cual se constata con el diligenciamiento del formulario de traslado, no siendo válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información en el ordenamiento jurídico vigente en el momento del traslado, correspondiéndole a la parte actora la carga de la prueba sobre todo cuando la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 artículo 2° literal E

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el interrogatorio de parte fue debidamente valorado determinando que debió tenerse por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado **iii)** si la demandante está inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, **iv)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema, y **v)** si había o no lugar a condenar a COLPENSIONES ante el resultado adverso de la sentencia. 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 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 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 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).

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 a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben 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 30 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, diligenciado el 30 de junio de 2000, prueba 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 el jefe de personal autorizó a las AFP para que les ofreciera el servicio fue a su oficina un asesor de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A quien no olvida su nombre Edgar Quiñonez le dijo que el ISS se iba acabar y que debía tomar una elección, les informo que se podían jubilar a menor edad y con mayor salario, les dijo que eran muy eficientes y que apenas se trasladará inmediatamente COLFONDOS S.A se encargaba de todos esos tiempos trabajados que no aparecían cotizados entonces le creyó, el asesor diligenció el formato, la afilió faltando 1 año para pensionarse en el RPMPD, leyó el formulario frente a los datos personales a ver si los había diligenciado bien en donde se percató que colocó mal su nombre y lo corrigió, no le informaron los requisitos para pensionarse en el RPMPD.

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 PENSIONES Y CESANTÍAS 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 HORTENSIA ESTRADA RAMIREZ 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 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 PENSIONES Y CESANTÍAS el 30 de junio de 2000, 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.

Ahora, 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 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 el 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.

DE LA IMPOSICIÓN DE LAS COSTAS

El artículo 65 del CGP, aplicable al presente asunto por expreso reenvío del artículo 145 del CPT, en lo pertinente dispone:

“CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

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

(...)

2. La condena se hará en sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella.

3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda. (...)” (Resaltado propio de la Sala fuera del texto original)

Así las cosas, como quiera que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la censura no encuentran soporte legal y fáctico para que se acceda a su condena.

De tal suerte, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, al constituirse como los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, esto es, son la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, motivo por el que obtuvo decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.¹

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación n.º 68091, M.P Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las

¹ Instituciones de Derecho Procesal Civil, Tomo I, Parte General, Hernán Fabio López Blanco, Editores Dupré, Novena Edición, Bogotá, 2007. Pag. 1022.

reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximir las de dicho rubro.”

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

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

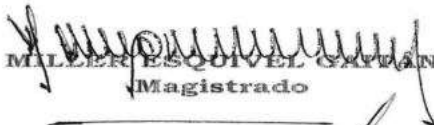
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de agosto de 2021 por el Juzgado Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por HORTENSIA ESTRADA RAMÍREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

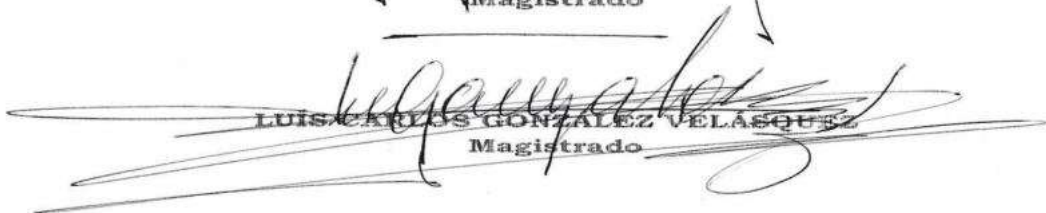
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Fijense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$1.000.000.00 para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITAN
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. 110013105030201900848-01**

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio 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

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 20 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA FABIOLA BARRETO CAMARGO** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARIA JULIANA MEJIA GIRALDO y como apoderado sustituto al Dr. WINDERSON JOSE MONCADA RAMÍREZ en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 123 y 128-129.

ANTECEDENTES

MARIA FABIOLA BARRETO CAMARGO, pretende que se declare la nulidad del traslado del RPMPD efectuado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A con fecha de efectividad febrero de 2004 ante la omisión del deber de información; como consecuencia, se condene a esta última

entidad a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada así como los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas por el RAIS, así como lo que resulte ultra y extra petita, costas y gastos del proceso. Como pretensión subsidiaria solicita que se declare la ineficacia e inoperancia del traslado realizado en el RPMPD al RAIS en cabeza de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS con fecha de efectividad de febrero de 2004 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a ese fondo demandado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de agosto de 1983; se trasladó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS perteneciente al RAIS con efectividad en febrero de 2004, fondo que al momento del traslado no la asesoró con respecto al régimen que más le convenía, ni cuánto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual como tampoco sobre el derecho de retracto, entre otros aspectos, razón por la cual elevó solicitud de traslado ante COLPENSIONES siéndole negada. (Fls 57-78)

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, el número de semanas cotizadas, la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad junto con sus respuestas.

COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción y caducidad, la genérica, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls 95-98)

COLFONDOS S.A se allanó (fls 91 sub CD 116 PDF 9).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a COLFONDOS S.A con efectividad a partir del 1° de febrero de 2004; la declaró válidamente vinculada al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES; condenó a

COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen es decir desde el 1° de febrero de 2004 y hasta cuando se haga efectivo el traslado los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; y sin costas contra de las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A la apeló con el fin de que se revoque de manera parcial en cuanto dispuso la devolución de gastos de administración debidamente indexados teniendo en cuenta que estos descuentos se realizan conforme a la consagración legal y no por intervención de los fondos, cabe mencionar que también en el RPMPD se descuentan, sobre todo cuando fue por la buena gestión que se generaron los rendimientos que duplicaron los aportes realizados, por lo que no se evidencia un perjuicio, además que si se debe declarar la nulidad estos aportes se equiparan y son mayores a los descontados por administración, de ahí que disponer su pago generaría un enriquecimiento sin causa por parte del fondo de solidaridad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora solicita que la decisión del A quo sea confirmada en su totalidad, ya que ninguno de los fondos privados aportó pruebas del cumplimiento de su deber de información, además de no presentar ningún documento o testimonio, no controvirtieron probatoriamente las afirmaciones y negaciones indefinidas en la demanda por eso afirma que deben ser probadas como ciertas. de otra parte, COLPENSIONES solicito que se le absuelva porque la actora se encuentra dentro de la prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, adicionalmente no obra prueba que permita acreditar si existió o no algún vicio del consentimiento o que no se le brindó la información adecuada ya que esta debía de concurrir a ilustrarse para la escogencia de su régimen pensional, por tanto la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en

peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

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)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A está obligada a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación, y **iii)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES de los dineros ordenados genera para dicha entidad un enriquecimiento sin causa que afecte la estabilidad financiera, todo ello en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso.

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 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).

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 a folios 21 a 32B extracto de pensión obligatoria expedido por el COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS en el que expresamente registra como fecha de afiliación a esa AFP 1 de abril de 2004, no obstante que en el reporte de semanas cotizadas aparece

cotizando desde el 1° de febrero de dicha anualidad, por lo que ante la ausencia en el expediente de formulario de afiliación o certificación que fehacientemente brinde certeza de la fecha de traslado es del caso acoger la misma en la que empezaron a realizarse los aportes al RAIS, cual es, a partir de 1° de febrero de 2004, tal y como lo concluyera el A quo.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS 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 MARIA FABIOLA BARRETO CAMARGO 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.

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 COLFONDOS S.A el 1° de febrero de 2004 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto 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 este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido 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 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.”

Devolución que de ningún modo puede considerarse como un

enriquecimiento sin causa para la parte actora o para COLPENSIONES, por la potísima razón que la sostenibilidad financiera del sistema 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.

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. La absolución de primera instancia 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 día 20 de mayo de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por MARIA FABIOLA BARRETO CAMARGO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. FIJENSE como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 en favor de la parte demandante. La absolución de primera instancia se confirma.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAYÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105032201800315-02

En Bogotá D.C., hoy veintinueve (29) de julio de dos mil veintidós (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: Nulidad del Dictamen de calificación de Pérdida de Capacidad Laboral.

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor del demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN DAVID MARTÍNEZ MORANTES** en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, AFP PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**

ANTECEDENTES

JUAN DAVID MARTINEZ MORANTES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA, la AFP PORVENIR S.A y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., para que, se declaren sin efecto, los dictámenes de pérdida de capacidad laboral emitidos el 21 de abril y 25 de octubre de 2017, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y la Junta Nacional de Calificación Invalidez, respectivamente, así como el dictamen realizado en primera oportunidad por Seguros de Vida Alfa, el 23 de noviembre de 2016; que, se declare que las patologías, diagnósticos, síntomas, deficiencias, discapacidades y minusvalías que padece, entre sí, superan el 51% de PCL; que, se condene a SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. y la AFP PORVENIR S.A., a reconocer y pagar la pensión de invalidez, como consecuencia de un accidente común, así como el pago del retroactivo desde la fecha de estructuración de la invalidez y hasta la fecha de reconocimiento de la pensión; que, se concedan las costas del proceso.

De manera subsidiaria solicita que se declare a la AFP PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., responsables del reconocimiento y pago de la indemnización

sustitutiva de la pensión de invalidez, sobre la pérdida de capacidad laboral y la estructuración que emita en dictamen la Junta de Calificación de Invalidez del Ministerio de Trabajo.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, se encuentra afiliado a la EPS FAMISANAR y a la AFP PORVENIR S.A., por el empleador PEGOMAX S.A.S; que, el 05 de diciembre de 2014, cuando se encontraba regresando a su residencia luego de trabajar, sufrió un accidente de tránsito; que, fue diagnosticado con lesión plexo braquial izquierda e incapacitado por la EPS, hasta el 05 de febrero de 2018, es decir, 1155 días o 3 años y 2 meses; que, desde julio de 2015 y hasta el 18 de agosto de 2016, la AFP PORVENIR S.A., le pagó las incapacidades; que, interpuso acción de tutela, para obtener el pago de las incapacidades otorgadas después del 18 de agosto de 2016, correspondiéndole esa acción al Juzgado 23 Civil Municipal de Descongestión de Bogotá, quien mediante sentencia del 30 de enero de 2017, amparó sus derechos fundamentales y ordenó el pago de las incapacidades, decisión confirmada por el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, el 30 de marzo de 2017, sin embargo que, tuvo que presentar incidente de desacato a la orden de tutela y a partir del 30 de marzo de 2017, la EPS FAMISANAR, continuó pagándole dicha prestación

Indicó que, el 27 de octubre de 2016, la EPS FAMISANAR emitió concepto no favorable de rehabilitación, razón por la cual SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., el 23 de noviembre de 2016, lo calificó, en primera oportunidad, con una pérdida de capacidad laboral del 24%, de origen común, con fecha de estructuración 22 de junio de 2016, inconforme con lo allí decidido, interpuso los recursos de ley; que, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, mediante dictamen del 21 de abril de 2017, lo calificó con una PCL del 39.60% y, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con un 44.60%, según calificación del 25 de octubre de 2017.

Refirió que, el 15 de noviembre de 2017, le solicitó a la AFP PORVENIR S.A., el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, sobre el porcentaje emitido por la Junta Nacional, petición que le fue negada al haber sido calificado con una PCL inferior al 50%; que, a la fecha de presentación de la demanda, continúa incapacitado y con un tratamiento de rehabilitación no favorable (fls 3-6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron oportuna contestación en los siguientes términos:

La **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, se opuso a las pretensiones, dijo no constarle la mayoría de los hechos salvo el relación con la calificación emitida por esa Junta, que sí aceptó; propuso las excepciones buena fe de la parte demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva (demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca) y la genérica (fls. 49-53).

propuso las excepciones buena fe de la parte demandada, falta de legitimación en la causa por pasiva (demandada Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca) y la genérica (fls. 49-53).

La **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, aceptó los hechos relacionados con el trámite de calificación de la pérdida de capacidad laboral del demandante, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones denominadas legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, variación en la condición clínica del paciente y/o la aparición de diagnósticos con posterioridad al dictamen de la Junta Nacional exime de responsabilidad a la entidad, inexistencia de obligación, improcedencia de las pretensiones respecto a la Junta Nacional de Calificación – Competencia del Juez Laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica (fls. 58-76).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, reconoció como ciertos los hechos relacionados con el pago de incapacidades al demandante y el trámite de la calificación de su pérdida de capacidad laboral, de los demás dijo no ser ciertos o no constarle, se opuso a las pretensiones de la demanda, alegando que el dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se encuentra en firme, y que, el actor fue calificado con una PCL inferior al 50% insuficiente para acceder a la pensión deprecada; además que, la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, solo se reconoce en el RPM y no en RAIS, siendo lo procedente que el actor solicite la devolución de saldos, petición que no ha elevado a esa AFP, por lo que se entiende que es su voluntad continuar cotizando para reunir el capital suficiente para la pensión de vejez. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica, buena fe, innominada o genérica, prescripción y compensación (fls. 112-120).

SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, en cuanto a los hechos dijo en su mayoría no constarle, salvo los relacionados con la calificación de pérdida de capacidad laboral del demandante; propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, prescripción y compensación (fls. 125-132).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró probadas las excepciones denominadas legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, inexistencia de la obligación e incumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación económica formuladas por la AFP PORVENIR S.A., al igual que las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir formuladas por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.; absolvió a las demandadas de las pretensiones principales y subsidiaria e impuso condena en costas al demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, las demandadas AFP PORVENIR S.A. y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., solicitaron confirmar la decisión absolutoria de Primera Instancia, ratificándose en todos y cada uno de los argumentos esgrimidos tanto en el escrito de contestación de la demanda, los hechos, pretensiones y excepciones, así como en las alegaciones de conclusión presentadas ante el A-quo.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, que negó la modificación de los Dictámenes de Pérdida de Capacidad Laboral elaborados por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA y SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., que calificaron al actor, con una PCL inferior al 50% y si en caso contrario, procede el reconocimiento de la pensión de invalidez o la indemnización sustitutiva deprecada.

DEL DICTAMEN QUE CALIFICÓ LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL DEMANDANTE

Con el fin de resolver las suplicas del actor, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, a saber:

El artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto 19 de 2012, prevé que *“el estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.”*, precisando que en caso de que no se esté de acuerdo con la primera oportunidad de determinación de la pérdida de capacidad laboral y calificación del grado de *invalidez* y el origen de estas contingencias, dentro de los 10 días siguientes debe el interesado manifestar su inconformidad y luego de ello la entidad competente (COLPENSIONES-, las Administradoras de Riesgos Profesionales – ARP hoy ARL-, o las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de *invalidez* y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS) deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de *Invalidez* del orden regional dentro de los 5 días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de *Invalidez*, la cual decidirá en un término de 5 días. Indicando dicha norma que *“El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de*

derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.”

A su vez, el Decreto 2463 de 2001 *“por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez”* en su artículo 9º, enseña que: *“Los dictámenes rendidos por estas Juntas constituyen el fundamento mediante el cual las respectivas entidades deciden sobre el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez; en consecuencia, para emitir los referidos dictámenes, las Juntas de Calificación deben realizar una valoración completa del estado de salud de la persona cuya invalidez se dictamina por medio de un examen físico y teniendo en cuenta todos los fundamentos de hecho que deben contener los dictámenes, es decir, la historia clínica (antecedentes y diagnóstico definitivo), reportes, valoraciones, exámenes médicos, evaluaciones técnicas y en general todo el material probatorio que se relacione con las deficiencias diagnosticadas.”*

Y el Decreto 917 de 1999 que modificó el Decreto 692 de 1995 ***“Por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez”***, contempla en su artículo 1º que *“El Manual Único para la Calificación de la Invalidez contenido en este decreto se aplica a todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general, para determinar la pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de conformidad con lo establecido por los artículos 38, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993, el 46 del Decreto-ley 1295 de 1994 y el 5º de la Ley 361/97.”*

Ordenamiento en cita del que fácil es colegir que habrá lugar a declarar la nulidad de un dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ respectiva o la entidad que en primera oportunidad se haya pronunciado, sólo en el evento de que el mismo no atendiera a los presupuestos de fondo y forma contenidos tanto en las aludidas normas como en el Manual Único para la Calificación de la Invalidez, ello conforme lo enseñan los art. 1740 Y 1741 del CC¹

Entonces, aun cuando el señor JUAN DAVID MARTÍNEZ MORANTES, relató en los hechos de su demanda que, tiene concepto desfavorable de rehabilitación, y que, su recuperación es mínima, por lo que, no cuenta con la posibilidad de una reubicación laboral, con la documental que milita a folio 17 a 34, 77, 124 y 133 a

¹ ARTICULO 1740. Es nulo todo acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato según su especie y la calidad o estado de las partes. La nulidad puede ser absoluta o relativa. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. ARTICULO 1741. La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Hay así mismo nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquiera otra especie de vicio produce nulidad relativa, y da derecho a la rescisión del acto o contrato. Corte Constitucional - La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre este artículo por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-534-05 de 24 de mayo de 2005, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto.”

159, contentivas del dictamen No. 2881738 efectuado en primera oportunidad por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., el dictamen No. 1033732247-1804 del 21 de abril de 2017, elaborado por la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca y el dictamen No. 1033732247-13131 del 25 de octubre de 2017 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se tiene plenamente acreditado que: **1)** se surtió el trámite de ley para que el demandante, quien fuera calificado en primera oportunidad por SEGUROS DE VIDA ALFA S.A., tuviera la oportunidad de manifestar su inconformidad con dicho dictamen y acudir a las otras instancias competentes, esto es, las Juntas Regional y Nacional de calificación de invalidez; **2)** que en la valoración adelantada por cada una de las entidades intervinientes en el proceso de calificación, se tuvieron en cuenta los antecedentes médicos del actor, las calificaciones emitidas por las otras instancias, los documentos aportados por el paciente y una valoración interdisciplinaria, médica y de terapia ocupacional y **3)** que fue conclusión de la Sala 3 de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, modificar el porcentaje asignado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, al rol laboral y ocupacional de 17.50% a un 27.60%, debido a que *“se desempeña como Técnico Automotriz presentó Accidente común de tránsito con lesión del plexo braquial a la valoración atrofia de MSI no funcionalidad de codo y hombro mano agarre no pinza manifiesta fuerte parestesias en ocasiones, vive con los padres, la madre le ayuda en sus ABC en vestido, lleva 3 años incapacitado, no le pagan las incapacidades, su trabajo consistía en realizar mantenimiento a motores, mantenimiento bandas, maquinaria de planta”*.

Además, dentro del curso del proceso, se ordenó nuevamente la valoración del demandante, por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOYACÁ, y, mediante dictamen No. 000437-2019 del 19 de octubre de 2019 lo calificó con una PCL del 44.40%, es decir, que redujo el porcentaje dada por la Junta Nacional del 44.60%, indicando que *“Se califica la deficiencia generada por las secuelas de la lesión de plexo braquial izquierdo, secundarias a accidente de tránsito con fecha de ocurrencia el 05 de diciembre de 2014, capítulo 12. Tabla 12.12. déficit motor muy severo + déficit sensorial moderado, en la clase principal y FM clase 3, sensitiva y/o motora ausente. En cuanto a las patologías diagnosticadas en las valoraciones médicas aportadas, tales como la F432 trastornos de adaptación, F321 episodio depresivo moderado, no cumple con los criterios para la calificación de deficiencia, descritos en el cap. 13 del Decreto 1507 de 2014, no hay mejoría médica máxima, la primera consulta la realiza en mayo de 2019 y se encuentra en fase de rehabilitación farmacológica en prueba, con cambio de medicación (...) los componentes de desempeño (sensorio motor) se encuentran alterados por limitación en la movilidad en el miembro superior izquierdo. La calificación de otras áreas ocupacionales se realiza teniendo en cuenta el impacto que tiene la deficiencia en actividades de la movilidad que involucran el miembro superior izquierdo, dificultad en actividades de cuidado personal como aseo, vestido y alimentación y dificultades en actividades de la vida doméstica como por ejemplo ayuda de otras personas en actividades de la vida diaria y desplazamientos”* (fls. 219-225)

Premisas de las que se puede colegir que los dictámenes objeto de demanda, fueron emitidos atendiendo los lineamientos tanto de procedimiento como de fondo, por

las autoridades competentes, quienes basaron su decisión en las pruebas aportadas tanto por el demandante, como por las demás partes vinculadas al proceso de calificación, por manera que no encuentra merito esta Sala, para anular las aludidas experticias, máxime cuando fue nula la actividad probatoria desplegada en el curso de esta actuación dirigida a controvertirlas, pues, ni siquiera se allegó una historia clínica o valoración médica diferente, no pasando por tanto de ser meras manifestaciones carentes de soporte probatorio los reparos señalados por el actor, en su libelo introductorio, que imponen la confirmación de la sentencia de Primera Instancia, al no haber cumplido con la carga probatoria que le asistía prevista en el artículo 167 del CGP, esto es, probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

Ahora, en relación con la pretensión subsidiaria, para que se ordene a la AFP PORVENIR S.A., el pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, sobre el porcentaje de pérdida de capacidad laboral ya determinado, basta indicar que, por tratarse de una pérdida de capacidad de origen común, a diferencia del RPM, en el RAIS, no se contempla legalmente el pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, sino la devolución de saldos, prevista en el artículo 72 de la Ley 100 de 1993, según el cual:

“Cuando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.

*No obstante, el afiliado **podrá** mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez.”* (Negrilla y subraya fuera de texto).

Así las cosas, el demandante, puede solicitar a la AFP, la devolución de los recursos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual y mantener un saldo para continuar construyendo el valor de su pensión de vejez; sin embargo, no obra prueba en el plenario, que permita establecer que esa es la voluntad del actor, ya que no ha solicitado dicha devolución; y, en todo caso, la discusión al respecto no fue objeto del litigio y el Juez de Segunda Instancia, no puede pronunciarse por fuera o más allá de lo pedido, ya que la parte demandada no puede ser condenada por hechos respecto de los cuales no pudo ejercer su derecho de contradicción y defensa (CSJ Sentencias SL 8716 del 2 de julio de 2014 y SL 9518 del 22 de julio de 2015).

En los anteriores términos habrá de confirmarse la sentencia consultada.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

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

RESUELVE

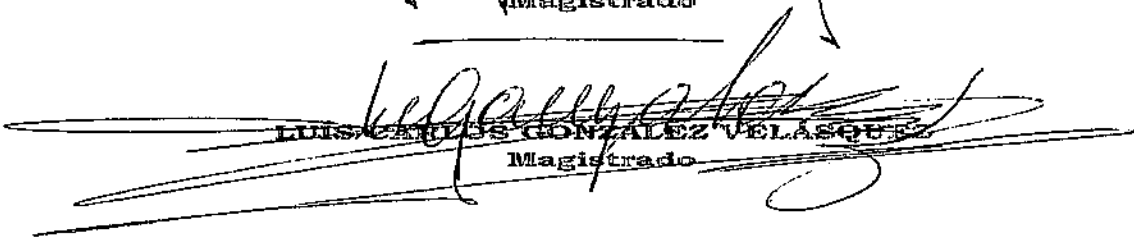
PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso Ordinario Laboral promovido por **JUAN DAVID MARTÍNEZ MORANTES** en contra de la **JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ**, la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOBOTÁ Y CUNDINAMARCA**, la **AFP PORVENIR S.A.** y **SEGUROS DE VIDA ALFA S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en este grado jurisdiccional de consulta. Se confirman las de Primera Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado