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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500420190061201

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA CECILIA DELGADO DELGADILLO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES al doctor Michael Giovanny Muñoz, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 8 al 13. Asimismo se reconoce personería adjetiva para actuar como apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. al doctor Nicolás Eduardo Ramos Ramos, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 19 al 24.

ANTECEDENTES

CLAUDIA CECILIA DELGADO DELGADILLO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

– COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a COLFONDOS S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, en el RPMPD 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 14 de marzo de 1963, que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES hasta el 09 de diciembre de 1994, época para la cual, se trasladó al RAIS con la AFP PORVENIR S.A., que el 17 de enero de 1998, se trasladó a DAVIVIR hoy PROTECIÓN S.A. y finalmente, se trasladó a COLFONDOS S.A., el 10 de agosto de 2005; manifestando que en las visitadas realizadas por los asesores de las AFP, antes mencionadas, le ofrecieron el beneficio de pensionarse a una edad más temprana, que el monto de la pensión sería más alto con un fondo privado que con el ISS y que este último, iba a ser liquidado, por lo que los aportes realizados allí, estaban en riesgo, que si al cumplir la edad no quería pensionarse, podía solicitar la devolución de los aportes realizados; que al momento de afiliarse las AFP PORVENIR Y COLFONDOS, no le indicaron el monto del capital requerido para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro programado, que el plazo para retornar al RPMD, vencía cuando cumpliera los 47 años, no le realizaron la proyección de la pensión, indicándole las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, que los formularios diligenciados en las AFP, al momento de la vinculación, no cuentan con información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional, que la firma libre y espontánea de dichos formularios, no puede tomarse como si le hubiesen brindado una información clara y suficiente respecto de las implicaciones que se darían por su traslado de régimen, que COLFONDOS S.A., no le envió comunicación para informarle que estaba a pocos días de cumplirse el plazo para poderse cambiar de régimen, que tiene acreditado con COLFONDOS S.A., un capital acumulado en su cuenta individual de ahorra de cuatrocientos noventa y siete millones seiscientos mil seiscientos ochenta y seis pesos ($497.600.686), indicándole que tendría una mesada pensional de un millos novecientos sesenta y siete mil ciento sesenta y cinco pesos ($1.967.165), a los 57 años, con mil trecientas ochenta y siete (1.387) semanas cotizadas, que la pensión en el RPMPD, sería del 65% en renta vitalicia con una tasa de remplazo del 90% del ingreso base de cotización, tomando como referencia los últimos 10 años cotizados, evidenciando una diferencia enorme con el RAIS, como quiera que el fondo privado toma como referencia solo el 35% del ingreso base de cotización.

Finalmente, señaló que el 28 de enero de 2019, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de traslado de régimen bajo el No. 2019_1162418, la cual fue rechazada mediante oficio No. BZ2019_1183693; que el 14 de junio de 2019, radicó ante COLFONDOS S.A., la solicitud de anulación del traslado de régimen, la cual fue negada el 20 de junio de 2019, con radicado No. 190614-000020; Que el 13 de junio de 2019, radicó ante PORVENIR S.A., la solicitud de anulación del traslado de régimen; la cual fue negada el 04 de julio de 2019, mediante radicado No. 0100222099180300. (fls. 31 a 57).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECIÓN S.A. y COLFONDOS 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 validez de la afiliación al RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe en las actuaciones de COLPENSIONES, prescripción, falta de causa para pedir, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo No. 01 de 2005 e innominada o genérica (fls. 114 a 128).

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. 1 a 30).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, presenta ALLANAMIENTO frente a la prosperidad de las pretensiones y solicita que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de la demandante a COLFONDOS S.A., en la forma en que aparecen formuladas en el escrito de la demanda. (fls. 1 a 4).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS POTECCIÓN 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 declarara

la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes. (fls. 1 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de Claudia Cecilia Delgado Delgadillo a la Administradora De Fondo De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., realizada en 1994, en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida; condenó a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora y a la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR y PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esas administradoras; ordenó a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que una vez se efectué el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la demanda Porvenir y Protección, fijando las agencias en derecho por la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia, argumentando que COLPENSIONES, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y los fondos de pensión demandados, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual, la declaratoria de la ineficacia del traslado de régimen no puede favorecer o perjudicar a COLPENSIONES, ya que, la entidad nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora; alega que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, porque con la decisión falta gravemente al equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social en pensiones, el cual fue establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1, del acto

legislativo 01 del 2005; Solicitó se estudie de manera juiciosa el escenario en el cual, las AFP, faltaron en su deber legal de información y que el mismo, no puede acarrear consecuencias a COLPENSIONES; indica que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 793 de 2003. Por último, requirió que si se declara la nulidad, se tenga en cuenta que se debe devolver en su integridad los aportes pensionales, los abonos, los gastos de administración y que se condene a las AFP, a pagar los gastos que se generaron a COLPENSIONES, ya que, quien causa el daño es quien debe restituir.

Por su parte **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita que se revoque la sentencia de Primera Instancia en su integridad, 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 la asesoría se brindó de manera verbal, cómo quedó demostrado en el interrogatorio de parte, que la actora recibió información y características del régimen de ahorro individual para dicha época y, por lo tanto, tuvo fundamentos o argumentos para ejercer su derecho de libre elección de régimen pensional, que la Administradora, siempre se ciñó a la normativa vigente para la época, donde el traslado solamente se materializaba con la suscripción del formulario afiliación, que para dicho momento, no existían las obligaciones o deberes que hoy son exigibles a las administradoras; que existió una ratificación de la parte demandante de permanecer en el RAIS, realizando cotizaciones por más de 25 años, realizando traslados horizontales, confirmando de esa manera su voluntad de permanecer en dicho régimen; arguye que la demandante solicita el cambio de régimen por el no cumplimiento de una mera expectativa en la mesada pensional, como pasa en este tipo de procesos en la generalidad, desconociendo lo dispuesto en la ley 100 de 1993 y la Comisión de Financiación del Régimen Privado, imponiendo una carga a las administradoras de probar el deber de información, cuando se trata de una inconformidad con el monto de la mesada pensional.

Por otra parte, alega que la condena en devolver los gastos de administración y los rendimientos en virtud de las restituciones mutuas, es contradictorio por cuanto se declara la ineficacia del traslado del régimen y, por lo tanto, se pierden todos los efectos del traslado, condenando a los fondos a devolver esos conceptos, sin embargo, menciona que en sentido estricto sí es dejar sin efectos el acto jurídico, la actora no tendría derecho a retornar con los rendimientos que se han generado, ya que, las gestiones realizadas por los fondos y que fueron en cumplimiento de un deber legal, por lo que consideró que es contradictorio e injusto el trato diferenciado que se le da a estos conceptos producto de la afiliación del régimen, circunstancia que desconoce el principio de igualdad y los efectos de la declaratoria; manifestó que si PORVENIR S.A., realizó alguna deducción cuando la actora estuvo

vinculada, lo hizo de acuerdo a lo establecido por la ley, en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además de realizar una correcta administración de los recursos de la demandante, recursos o dineros que se trasladaron con posterioridad a los otros fondos privados.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, interpuso recurso de apelación parcial respecto al numeral tercero de la providencia, indicando que la comisión de administración es un descuento autorizado por la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 7, de la Ley 797 2003, que la norma de manera expresa faculta y autoriza a los fondos de pensiones a realizar el descuento del 3% sobre el 16% del aporte realizado por los afiliados a fin de con ello se cubra los gastos de administración y pagar las primas del seguro previsional, desconociendo con este tipo de fallos que este descuento también opera en el RPMPD, que los certificados de rendimientos o de aportes trasladados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, demuestran que mientras los aportes fueron administrados por PROTECCIÓN, obtuvieron ganancias demostrando que fueron debidamente administrados por la entidad, alega que con la condena se está constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor del COLPENSIONES, porque está recibiendo una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la demandante y adicionalmente se le están trasladando los rendimientos financieros, fruto de la buena gestión de administración realizada por los fondos demandados. Respecto de las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia, alega que estas se han justificado normativamente en el contenido del artículo 1746 del Código Civil, disponiendo que cuando se de una nulidad en sentencia, las partes tienen derecho a ser restituidas al mismo estado en que se hallarían, si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin embargo, alega que la aplicación de ese artículo es a todas luces una violación del principio inescindibilidad de la norma, ya que, se aplica de manera parcializada y no de manera completa, alega que una de las consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, se producirían los siguientes efectos, que el contrató de afiliación, nunca existió, por lo tanto, PROTECCIÓN S.A., no debió haber administrado los recursos de la cuenta ahorro individual de la demandante, por lo tanto, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaron y no existe el cobro de una comisión de administración, omitiendo que el artículo 1746 del Código Civil, habla de las restituciones mutuas, frutos, intereses y abono de mejoras, fundamentado que aunque se declare la nulidad de la afiliación y como consecuencia no existió un contrato de afiliación, no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras producto de una buena gestión de administración que en la cuenta de ahorro individual realizaron los fondos privados, que los faculta a conservar la comisión de administración si efectivamente hicieron rentar el patrimonio del afiliado.

Frente al cobro destinado a cubrir las primas de reaseguro, indicó que tampoco es legal que se ordene a los fondos de pensiones asumirlas de su

propio patrimonio, en atención a que dicho porcentaje fue sufragado a una compañía aseguradora, que cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza, en el caso eventual de que la demandante sufriese las contingencias de invalidez y sobrevivencia, que es una suma que se gira a un tercero, cumpliendo con el deber contractual de cubrir estas contingencias y los fondos de pensiones lo realizaron por mandato legal y no a capricho, por ende, no es un dinero que responde a sus ganancias, como pretende hacerse ver para que lo reconozcan de su propio patrimonio; que frente al cobro del 3% opera el fenómeno de la prescripción, porque es un concepto de tracto sucesivo, causado por la periodicidad que le impone la ley y porque ese 3% no está financiando directamente la prestación económica de vejez ni su destinación es cumplir con el aporte pensional para liquidar la mesada y, por último, porque lo que se ha aclarado, cómo imprescriptible en los procesos de ineficacia de la filiación es el acceso a buscar la declaratoria judicial de la misma, por lo tanto, los créditos y obligaciones que de ella se derivan gozan del fenómeno de la prescripción trienal, consagrada en la legislación laboral y la Seguridad Social.

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la condena impuesta, ateniente a la devolución de gastos de administración de manera indexada, indicando que COLFONDOS S.A., actualmente no cuenta con ningún saldo o aporte de la demandante, ya que, esta se encuentra vinculada a otra AFP; Asimismo, señaló que los descuentos por gastos de administración se realizan conforme a lo consagrado en la ley y se realizan tanto en el RAIS como en el RPMPD, por lo tanto, no hay lugar a condenar a la entidad a devolver estos conceptos, porque tienen una destinación específica cómo es la adquisición de una póliza de seguro previsional para mantener cubiertas las eventualidades por invalidez y sobrevivencia, para la cual la demandante estuvo cubierta durante el tiempo que permaneció en COLFONDOS S.A., indicando que existe un porcentaje que se utiliza para la administración y la inversión que realizó la entidad con los aportes de la demandante frente al tiempo que permaneció en COLFONDOS; manifiesta que se tenga en cuenta que durante el tiempo que permaneció en el fondo la demandante, se generaron unos rendimientos que fueron depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, rendimientos que superan de 2, 3 o 4 veces lo que se descontó por gastos de administración.

Señalo que los gastos de administración son susceptibles de la prescripción, teniendo en cuenta que no entran a financiar directamente la pensión de vejez ni en el RPMPD, ni en el RAIS, por lo tanto, al tratarse de sumas y de conceptos que son de tracto sucesivo y que se causan por un tiempo que impone la ley, son susceptibles de que se les aplique la prescripción y los que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su causa cierta se encuentran prescritos.

Indicó que evidencia que no se falla con equidad y justicia, teniendo en cuenta que, si bien se declara la ineficacia de la afiliación, se impone unas condenas inequitativas, ya que, se ordena la devolución de unos conceptos de gastos de administración indexados, gastos que tienen una contraprestación directa que son los rendimientos que se generaron y, por

lo tanto, se entiende que si se ordena devolver los rendimientos, no existiría la obligación legal de COLFONDOS S.A., de trasladar lo que corresponde a las cuotas de administración, dado que fue a estos descuentos y a los manejos que se generaron por la entidad, beneficiando únicamente en estos procesos de nulidad e ineficacia de la afiliación a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que se está devolviendo más de un 100% de lo que hubiese sido la cotización de la demanda de en el RPMPD y por consiguiente, no da lugar a que se diga que se está viendo vulnerado el sistema pensional o la financiación de las pensiones en el RPMPD, cuando COLPENSIONES, está recibiendo más de lo que hubiese cotizado un afiliado como si nunca se hubiera trasladado al RAIS.

Arguye, que no es pertinente ordenar una indexación de una sumas que aun cuando estuvieron en el poder de COLFONDOS S.A., produjeron unos rendimientos que compensan lo que pudo haber sido una pérdida adquisitiva del poder de dichos rubros, ya que, no existe un sustento fáctico ni legal ni probatorio para ordenar una condena en contra de COLFONDOS S.A., causando unos daños y perjuicios, situación fáctica que no se discutió entre el presente proceso de ni siquiera se llega a prueba sumaria, que demuestre que si hubiese generado un daño o un menoscabo los aportes pensionales de la demanda.

Por último, solicitó que no se ordene devolver los gastos de administración y menos de manera indexada, que se haga una ponderación entre lo que fue los rendimientos y descuentos de gastos de administración, evidenciando, que los rendimientos generados son mucho mayores y, por lo tanto, no hay lugar a imponer este tipo de condenas en contra del patrimonio de COLFONDOS S.A.

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 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.

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 PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 28 de enero de 2019 y su respuesta el 29 de enero de la misma anualidad. (fls. 31 a 37 Archivo 01).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 14 de marzo de 1963 (fl. 3 Archivo 01); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 19 de marzo de 1993 y el 31 de diciembre de 1994, 93,29 semanas (Fls. 210 – 217 Archivo 8); iii) que el 9°. de marzo de 1994, se trasladó al RAIS con el fondo PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1° de enero del 1995, (fl. 32 Archivo 04). Posteriormente, se trasladó a ING, el 17 de enero de 1997, luego se trasladó nuevamente a PORVENIR S.A., el 22 de mayo de 2002, por último, a COLFONDOS S.A. el 10 de agosto de 2005, administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por el demandante (Fls. 43 – 49 Archivo 1)

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, inicio a laborar y a cotizar en el ISS, en el año 1993, que para el año 1994, un asesor de PORVENIR S.A., le manifestó que probablemente el ISS, se iba a acabar y, por lo tanto, los aportes estaban en riesgo, que lo mejor era trasladarse a PORVENIR S.A., donde iba a tener mejores beneficios, una mejor mesada pensional, que se podía pensionar anticipadamente y además, podía solicitar la devolución de los aportes cuando lo quisiera y por esos motivos se trasladó a dicho fondo; que para el año 1998 y 2005, se trasladó nuevamente de fondo privado porque los asesores de estos, le ratificaron la información antes mencionada y le dijeron que iba a tener mejores beneficios y la mesada iba a ser mayor, que el asesor fue quien diligenció el formulario, no le explicaron que el RAIS, está basado en el ahorro individual, que no le dijeron que tenía derecho a una pensión siempre y cuando reuniera un capital de 320 SMMLV, el cual le permitía tener una pensión equivalente al 110% del salario mínimo, no le explicaron que si no reunía los requisitos de semanas cotizadas y capital, tenía derecho a la devolución de saldos una vez cumpliera la edad para pensionarse, tampoco le informaron que los aportes realizados tenían un rendimiento, indició que nunca solicitó una asesoría a PORVENIR S.A., que recibe los extractos hace 6 años, pero no entiende el contenido de los mismos, que

hace 5 años empezó a averiguar sobre la pensión, por lo tanto, se acercó a una oficina de COLFONDOS S.A., donde le informaron que se pensionaria con $2.000.000, por lo que solicitó la devolución de los aportes, pero se lo negaron y le informaron que tampoco se podía devolver a COLPENSIONES. Por último, manifestó que se siente engañada porque cada asesor era más convincente que el anterior.

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 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora CLAUDIA CECILIA DELGADO DELGADILLO, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 actora a PORVENIR S.A., el 9°. de marzo de 1994, la cual tuvo fecha de efectividad el 1° de enero del 1995, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de CLAUDIA CECILIA DELGADO DELGADILLO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLNFODOS S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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,

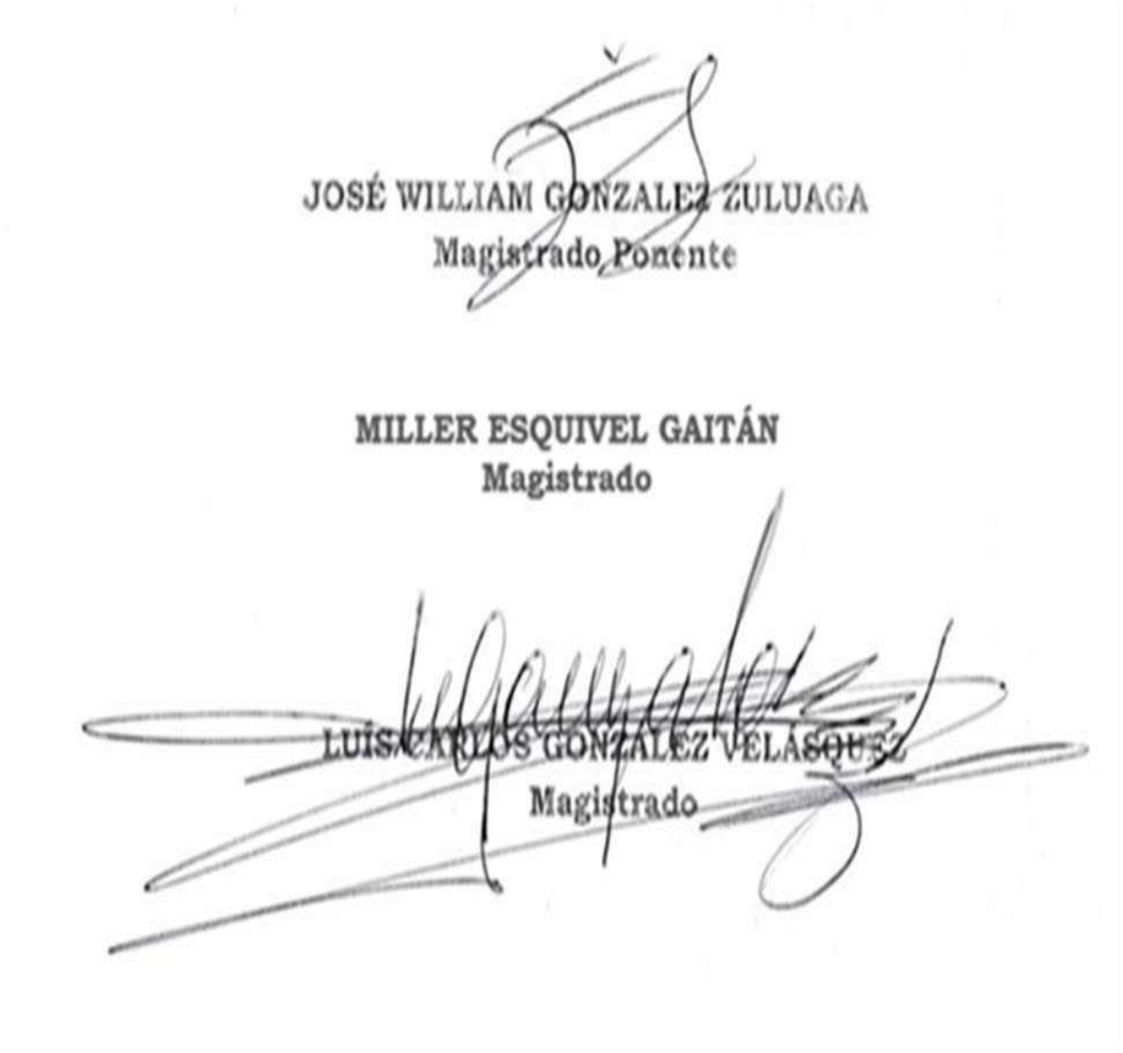
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS 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 COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A. 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,



GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500420190079401

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 17 de agosto de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **BLANCA GLADYS CORTES LOPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la doctora Luisa Fernanda Martinez López, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 7 al 10.

ANTECEDENTES

BLANCA GLADYS CORTES LOPEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare que fue

asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a COLFONDOS S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, sin solución de continuidad en el RPMPD 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, desde el 16 de octubre de 1978 hasta el 31 de diciembre de 1999, estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES, acumulando quinientas veintinueve con cuarenta y tres (529,43) semanas cotizadas para obtener su pensión; que para el mes de noviembre de 1999, cuando se encontraba laborando para el hospital Nuestra Señora del Carmen, asesores de HORIZONTES hoy PORVENIR S.A., le presentaron el nuevo régimen pensional, manifestándole que el ISS, se iba a acabar porque no tenía para el sostenimiento de sus afiliados, por lo que debía afiliarse a un nuevo fondo de pensiones, que le indicaron que al cumplir las semanas cotizadas se podría pensionar sin importar la edad, con el 110% de salario de los aportes de los últimos 5 años, que podía solicitar la devolución de saldos en cualquier momento de su vida laboral sin tener en cuenta la edad, que en caso de fallecer le entregarían a sus familiares hasta el quinto grado de consanguinidad los aportes realizados al fondo, que no le hicieron un comparativo de las mesadas que podría recibir en ambos regímenes, no le informaron que existía un límite de edad para retornar al RPMPD, que HORIZONTES se fusionó con PORVENIR S.A., quienes le ratificaron los beneficios bajo los cuales había realizado la afiliación, que para el mes de noviembre de 2010, le presentaron la AFP COLFONDOS, quienes la mantuvieron en el error al momento de realizar el traslado y que tiene un total de mil quinientas veintiocho con veintiocho (1.528,28) semanas cotizadas en el sistema general de pensiones. Indicó que COLFONDOS S.A., realizó una simulación pensional para cuando cumpliera sesenta (60) años de edad con una cuantía de $859.36 y la simulación pensional en el RPMPD, conforme a la ley 797 de 2003, seria a los cincuenta y siete (57) años de edad con una mesada pensional de $1.848.083.

Finalmente, señaló que el 09 de julio de 2019, radicó ante PORVENIR S.A., la solicitud de anulación del traslado de régimen y la retornara al RPMPD; la cual fue negada el 01 de agosto de 2019; Que el 09 de julio de 2019, radicó ante COLFONDOS S.A., la solicitud de anulación del traslado de régimen y la retorne al RPMPD; la cual fue negada el 25 de julio de 2019; Que el 09 de julio de 2019, radicó derecho de petición ante COLPENSIONES S.A., con radicado No. 2919-9081131, solicitando la anulación del traslado de régimen y la retorne al RPMPD; el cual fue negado el 16 de julio de 2019, mediante radicado No. BZ2019_9081131-202571. (fls. 73 a 122)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, 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 las costas en instituciones de administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, innominada o genérica (fls. 53 a 69).

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 genérica. (fls. 1 a 37).

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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls. 1 a 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de agosto de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. realizado el 02 de noviembre de 1999 y como consecuencia de tal declaración que nunca se trasladó al RAIS y, por lo tanto, siempre estuvo afiliada al RPMPD; ordenando a COLFONDOS S.A., donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar a COLPENSIONES, las sumas percibidas por conceptos de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexados por el periodo en que la demándate estuvo afiliada a dicha administradora; condenó a PORVENIR S.A., las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexados por el periodo en que la demándate estuvo afiliada a dicha administradora; ordenó a COLPENSIONES a admitir el traslado de la ciudadana BLANCA GLADYS CORTES LOPEZ con sus

aportes al RPMPD; declarando no probados los excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a las dos demandadas AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia en su integridad y sentencia y se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la Corte Suprema de Justicia dispuso en qué casos ha de tomarse las actitudes de los afiliados como verdadero entendimiento respecto del régimen de ahorro individual y que debe analizarse en el contexto de cada persona, por lo que, debe revocarse en su integridad la sentencia, en razón a que dentro del trámite probatorio, no se demostró que se hubiera presentado algún vicio del consentimiento al momento en que la demandante decidió su traslado del RPMPD al RAIS, sino que por el contrario, quedó debidamente acreditada su afiliación a la AFP y fue de manera libre y voluntaria.

Por su parte **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, la cual no exigía dejar documentada la información brindada al afiliado, que dicho traslado solamente se materializaba con la suscripción del formulario afiliación, que existió una ratificación de la parte demandante de permanecer en el RAIS, toda vez que realizó traslados horizontales, ratificando su voluntad inequívoca de permanecer en dicho régimen. Alega que no se valoró el interrogatorio de parte, específicamente cuando la demandante se contradice, al plasmar en la demanda que si se le informó sobre aspectos importantes del RAIS, tales como la consolidación del capital necesario específico, la devolución de saldos, la posibilidad de heredar su pensión entre otras y que en el interrogatorio de parte, manifestó que en ningún momento se le informó con relación a estos aspectos, llamando la atención el hecho de que no se haya tenido en cuenta en esa instancia dicha contradicción o la preparación del interrogatorio.

Finalmente, solicitó de manera subsidiaria que en caso de que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado, solicita que se reevalúe los efectos que se le están otorgando a esta, toda vez que, la finalidad de la ineficacia es que no existió contrato de afiliación y las cosas vuelvan a su estado

anterior, por lo tanto, no existió administración y como consecuencia de ello no se generaron rendimientos.

COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la condena impuesta, ateniente a la devolución de gastos de administración y comisiones debidamente indexados, indicando que estos fueron descontados en razón a la ley 100 de 1993, como quiera que su fundamento se encuentra entre artículo 3 al artículo 20 de dicha norma, así como en el artículo 39 del decreto 656 de 1994, la cual establece que los fondos privados tienen la potestad de descontar comisiones y gastos, ambientación en aras de construcción de la cuenta de ahorros de ahorro individual de la demandante, que debe tenerse en cuenta que dichos montos no fueron descontados por capricho propio del Fondo, sino debido al régimen propio en que la señora se encontraba afiliada, los cuales fueron utilizados a favor de la señora demandante. Solicita que en caso de que se confirme la sentencia se aplique la prescripción a dichos emolumentos, teniendo en cuenta que no forman parte del monto pensional o no constituyen la formación de la mesada pensional, por tal motivo, sean expuestos a la prescripción.

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, 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 HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 9°. de julio de 2019 (F° 102 - 107) y su respuesta el 16 de julio de la misma anualidad (F°. 108 - 111).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 20 de agosto de 1959 (fl. 52); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 16 de octubre de 1978 y el 31 de diciembre de 2000, 529,43 semanas (Folio 60 - 64); iii) que el 2° de noviembre de 1999, se trasladó al RAIS con el fondo HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1° de enero del 2000, (folios 233 - 235). Posteriormente, se trasladó a COLFONDOS S.A., el 24 de noviembre de 2008, con fecha de efectividad desde el 1° de enero del 2009 (folios 600 – 601) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por Colfondos S.A, visible a (folios 603 – 628)

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1999, cuando se encontraba trabajando en el Hospital El Carmen, un grupo de asesores de HORIZONTE, le brindó información del traslado del régimen de pensiones, que no fue una asesoría larga, que simplemente le dijeron que el ISS, se iba a acabar definitivamente y que la mejor opción era el fondo privado, que le explicaron que el RAIS, era un fondo con sus ahorros, pero no le expusieron la forma y el monto como se pensionaria, no le dijeron que debía tener un monto específico para obtener su pensión de vejez, no le realizaron una proyección de la mesada pensional, ni de lo que dejaba en el ISS y lo que obtendría en el RAIS. Indico que nunca solicitó una reasesoria, no le informaron sobre aportes voluntarios, no le dijeron que podía heredar la pensión y que el motivo de su inconformidad es porque se sintió engañada, ya que, no fue una información clara la que le brindaron. Que, en el 2008, se traslada a COLFONDOS, porque le dicen que en este fondo se pensionaria mejor, con una pensión más alta, que para ese momento tenía 49 años.

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 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora BLANCA GLADYS CORTES LOPEZ, 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.

De ahí que, 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 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 actora a PORVENIR S.A., el 2° de noviembre de 1999, la cual tuvo fecha de efectividad el 1° de enero del 2009 mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las

consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **BLANCA GLADYS CORTES LOPEZ**.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de **COLNFONDOS S.A.,** tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 17 de agosto de 2021, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **BLANCA GLADYS CORTES LOPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.,** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y **COLFONDOS S.A.** 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,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520190034 7-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 del demandante y los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 06 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JERONIMO ARIZA OSSES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a la doctora María Alejandra Cifuentes Vargas, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 3 Vto al 10.

ANTECEDENTES

JERONIMO ARIZA OSSES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES,** la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** y la **y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS,** para que se declare que fue asesorado equivocadamente por PROTECCIÓN S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PROTECCIÓN S.A.,

trasladarlo a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubieren recibido motivo de su afiliación, como cotizaciones, aportes para pensión, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos, rendimientos e intereses; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, para el posterior estudio de la pensión de vejez, cumplimento los parámetros establecidos por la ley; que se condene a las demandadas a pagar los intereses de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, la indexación de los valores adeudados de mesadas pensionales, 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, señaló que, nació el 21 de septiembre de 1951; que a la fecha de instaurada la demanda contaba con sesenta y siete (67) años de edad, que se encontraba cotizando para obtener su pensión desde 09 de marzo de 1982, aportes que inicialmente se realizaron en el ISS hoy COLPENSIONES, que para el 31 de diciembre de 2013, contaba con mil ciento noventa y tres con setenta y un (1.193,71) semanas cotizadas; en junio del año 2000, presuntamente de manera engañosa, sin verificar su historial pensional y sus aportes al RPMPD, PROTECCIÓN S.A., lo hizo trasladar al RAIS; manifestando que el fondo privado, nunca le advirtió de las consecuencias jurídicas y económicas que afectarían su derecho pensional, no le brindaron información detallada, haciéndole creer que su afiliación al RAIS, seria mas favorable, que se podría pensionar a cualquier edad y desconociendo los beneficios que ostentaba en COLPENSIONES, solicitando el 08 de marzo de 2019 a PROTECCIÓN S.A., la nulidad de su afiliación, ya que, las proyecciones realizadas a su pensión eran totalmente inferiores a sus expectativas.

Finalmente, afirmo que el 07 de marzo de 2019, mediante radicado No. 2019_3113646, solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue negado mediante radicado No. BZ2019_3146080-0713809; que el 08 de marzo de 2019, solicitó a PROTECCIÓN S.A., la solicitud del traslado de régimen de pensiones, el cual fue negado bajo el radicado No. CAS-4107217-R1G4J2. (fls. 29 a 39).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, falta de causa para pedir, inexistencia de causal del nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio

constitucional desarrollado en el articulo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, no configuración al derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, compensación e innominada o genérica. (fls. 64 a 82.)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de falta de integración del contradictorio. Vinculación de COLFONDOS como Litis Consorcio Necesario, validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción, compensación de las sumas pagadas a titulo de devolución de saldos e innominada o genérica. (fls. 113 a 123.)

Es preciso señalar que, PROTECCIÓN S.A., propuso la excepción previa de falta de integración del contradictorio por COLFONDOS S.A., por lo que el juez procedió a vincular a la AFP COLFONDOS S.A.

La **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, propuso las excepciones de validez 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago. (fls. 164 a 174.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 06 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró saneada la nulidad de traslado de régimen pensional del demandante, realizada a través de COLFONDOS S.A., por haberse concretado una situación jurídica particular de devolución de saldos; absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda y como consecuencia de la declaratoria de saneamiento de la nulidad que se hizo con la sentencia, hizo exigibles los eventuales perjuicios a favor del actor a partir de la fecha de la misma; sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado del demandante y los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., presentaron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **DEMANDANTE**, indicó que, interpone recurso de apelación, argumentando que era obligación del fondo privado, demostrar con la carga de la prueba correspondiente, que brindó la información completa, detallada

y suficiente, explicando las consecuencias jurídicas y económicas del cambio de régimen; alega también la falta de asesoría técnica, jurídica, económica, financiera al momento de acercarse al fondo privado a averiguar sobre su situación pensional, ya que, no se realizo un análisis detallado de la historia laboral, de haberse realizado el mismo, el afiliado no se hubiere visto obligado a optar por la devolución del saldo, pues se debió realizar la verificación y análisis de las semanas cotizadas.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, indicó que, su recurso de apelación era parcial y sólo en contra el numeral tercero, alegando que este debe ser revoque, teniendo en cuenta que, la exigibilidad de los perjuicios se hace cuando la ley lo establece, en este caso se hicieron exigibles a partir de la devolución de los saldos que realizó PROTECCIÓN S.A. y, por lo tanto, no se deben realizar a partir de la ejecutoría de la sentencia de primera instancia, argumenta que el operador judicial no puede sanear y corregir los errores de la demanda, ya que, el demandante no lo solicitó y no se pueden revivir los términos para que el demandante pueda interponer otra demanda contra la entidad.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, indicó que, su recurso de apelación únicamente es en contra del numeral tercero del fallo, argumentando que va en contra del artículo 151 del Código Procesal Laboral, y del artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto declara un derecho y una posibilidad para acceder nuevamente a la jurisdicción, manifestando que en caso de considerarse que tiene derecho a unos perjuicios, se debe contar el termino prescriptivo desde el momento en que se realizó la devolución del dinero al demandante, es decir, 20 de diciembre de 2013 y no desde la ejecutoria de la sentencia de primera instancia.

Expreso que en un caso similar el Honorable Tribunal Superior Judicial, Magistrado Ponente Miller Esquivel, señaló que en aquellos casos en los cuales efectivamente las ordenes provienen de facultades ultra y extra petita, donde las mismas no han sido pedidas y mucho menos debatidas en el proceso para fallar en tal sentido de conformidad con el artículo 50 del Código de Procedimiento del Trabajo. "*aunado a que no se encuentran demostrados ni alegados perjuicios frente a estas circunstancias y se trata de una orden ambigu*a" no es posible acceder a la causación de este derecho o aceptar la modificación de la normatividad vigente.

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 último, la parte actora solicita sea revocada la sentencia de primera instancia toda vez que el fondo que tuvo a su cargo el traslado de régimen pensional del demandante no logró acreditara lo que con tanta vehemencia afirmó en la contestación de la demanda; es decir, no aporto ningún medio probatorio que sirviera de fundamento para su afirmación de haber dado un debido cumplimiento al deber de información frente al accionante durante la etapa precontractual

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 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 parte actora y las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al absolver a la demandada de declarar la ineficacia de traslado por haberse concretado una situación jurídica particular de devolución de saldos. ii) proceden los eventuales perjuicios a favor del actor?

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 7° de marzo de 2019 (fls 31 – 33) y su respuesta el 8° de marzo de la misma anualidad. (fls. 35 - 37).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 21 de septiembre de 1951 (fl. 16); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 9°. De marzo de 1982 y el 1 de mayo de 2000, 655,00 semanas (fls 77 - 82); iii) que el 16 de mayo de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLNFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 1. ° julio del 2000, posterior se traslado a ING, el día 2° de marzo de 2001, por último, se trasladó a Protección S.A. el 31 de diciembre de 2012 (fl. 118), ultima administradora en la que estuvo vinculado, según historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.655.14 semanas (fls. 124 – 130), por último, se demostró dentro del paginario que, el señor **JERONIMO ARIZA OSSES, recibió una devolución de saldos de vejez por valor de $126.082.903, por parte de la entidad Protección S.A. (fl. 123).**

Por otra parte, al absolver interrogatorio de parte, el demandante, de acuerdo al documento exhibido en audiencia afirmó que, para el año 2013, recibió la suma de $126.000.000, por parte de PROTECCIÓN S.A., que antes de devolverle el dinero, el fondo privado le informó que le faltaban semanas de cotización y el capital necesario para adquirir la mesada pensional, por lo tanto, le devolverían el saldo que tenía en la cuenta de ahorro individual; que él acepto la devolución del dinero, sin embargo, después de aceptar y firmar, dice que las semanas que le quedaban pendientes por cotizar para

adquirir la pensión, le aparecieron en COLPENSIONES, con las cuales hubiese adquirido el derecho a pensionarse, manifiesta que se sintió defraudado por que le negaron la pensión. Por otra parte, el demandante afirma que él le comentó a su abogado antes de instaurar la demanda ordinaria, que él ya había recibido $126.000.000, por parte de PROTECCIÓN S.A.

Informó que se trasladó a COLFONDOS S.A., porque en la empresa donde se encontraba trabajando realizaron una reunión masiva, en la que les hicieron varias promesas, que no recuerda bien cuales fueron, pero que no se las cumplieron, que se trasladó de régimen porque sus jefes lo motivaron, pero tiempo después se sintió defraudado, al igual que muchos de sus compañeros, quienes se han tenido que valer de abogados para poder regresar a COLPENSIONES.

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., 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 al señor JERONIMO ARIZA OSSES, 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.

Sin embargo, en este preciso caso, a pesar de que no hay duda de la deficiencia en la información por parte de COLFONDOS S.A., considera la Sala, que no es posible ordenar el retorno del demandante, al RPM, comoquiera que, se encuentra plenamente demostrado en el plenario que el señor JERONIMO ARIZA OSSES, solicitó ante PROTECCION S.A., el reconocimiento de la pensión de vejez el 23 de noviembre de 2013, sin embargo, tal prestación le fue negada por cuanto no contaba con el capital suficiente para financiar la prestación y fue exceptuado de la garantía de

pensión mínima (fl. 35 PDF); razón por la cual optó por la devolución de saldos y la redención anticipada de su bono pensional; y, adelantados los respectivos trámites por parte de esa AFP el 27 de diciembre de 2013, se procedió con la respectiva devolución de saldos (fl. 129 PDF); por lo que, de acuerdo a lo establecido en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003, desapareció para el actor, la posibilidad de trasladarse entre los regímenes pensionales, como afiliado al Sistema General de Pensiones, pues, su situación jurídica quedó definida y consolidada con su decisión de retirarse del Sistema pensional para gozar de la devolución de saldos.

Y es que, aunque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de agosto de 2019, con radicado 76284, indicó que es posible el retorno de los afiliado al RPM, en aquellos casos en los previamente se ha realizado devolución de saldos, necesariamente se debe acreditar que con la declaratoria de ineficacia del traslado el afiliado adquiere su derecho pensional a través del régimen de prima media con prestación definida, lo cual no ocurrió en el presente caso, pues, aunque éste, cumplía con el requisito de la edad, no así con el número mínimo de semanas cotizadas, que conforme a la historia laboral de PROTECCION S.A., obrante a folio 24 del expediente digital, ascendían a 1193,71.

Adicionalmente, señala la jurisprudencia en mención que, en caso de que el afiliado retorne al RPM, se le debe exigir la compensación o restitución de los dineros que le hayan sido entregados por concepto de devolución de saldos por parte del RAIS, convirtiéndose para el Sistema General de Pensiones en deudor de los recursos con los cuales se va a financiar su prestación, al margen de la entidad que los administra; ya que, aunque los dineros entregados a aquel, se entienden recibidos de buena fe, no es menos cierto que la pensión a cargo del régimen de RPM tiene que estar soportada financieramente en las cotizaciones de sus afiliados; devolución que, considera la Sala, en el presente caso, no es posible ordenar, pues, aunque la devolución de saldos, como derecho pensional, es imprescriptible, una vez, entregados al afiliado, los dineros de su cuenta de ahorro individual, la acción de las Administradoras de Pensiones, para exigir al afiliado la restitución de esos recursos, si es susceptible del fenómeno prescriptivo y, como se advierte en el presente caso, entre la devolución de saldos realizada a favor del actor, el 27 de diciembre de 2013 (fl. 129 del PDF) y la presentación de la demanda, el 21 de mayo de 2019 (fls.46 PDF), han transcurrido un término más que prudencial, para que el actor, se retractara de su voluntad de su decisión de optar por la devolución de saldos, por lo que, se reitera, su retiro del Sistema Pensional, es una situación consolidada, que no puede retratarse luego de 6 años, por el simple hecho de considerar el demandante, que le asistía un menor derecho en el RPM, que tampoco probó dentro del plenario.

Por lo anterior al acoger el beneficio de la devolución de saldos, que implicó la manifestación de desafiliación al sistema se configuró un nuevo acto jurídico que le impide instaurar la acción de ineficacia, por haber perdido la calidad de afiliado al RAIS y propio Sistema General de Pensiones; además, ya se cumplió el propósito de su afiliación al Sistema, y al abandonar su calidad de afiliado, y retirar todo el capital acumulado, hace imposible el reconocimiento de un derecho pensional adicional al que voluntariamente eligió, esto es, la devolución de saldos.

Así las cosas, una decisión contraria a la emitida por el Juez de Primera Instancia vulneraría los principios de solidaridad propio del régimen de Prima Media, de equidad y de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones contemplados en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida en que la devolución de saldos que se le realizo al actor es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, pues la prestación que recibió, es a su vez financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

En este punto se trae a colación la sentencia CSJ SL373-2021, donde afirmo:

"Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos…"

Por lo anteriormente mencionado, se confirmará este punto de la sentencia.

Siguiendo los parámetros citados, y revisado el plenario, encuentra esta sala de decisión, que no es viable predicar eventuales perjuicios a favor de la parte actora, toda vez que al revisar la demanda y las pretensiones de condena: el apoderado de la parte actora, jamás solicito que se condenara por perjuicio alguno a favor del señor JERONIMO ARIZA OSSES**,** situación esta que se torna inane en los fines de la presenten sentencia, ya que no se pueden traer hechos y pretensiones nuevas dentro, los cuales no fueron pedidos desde la demanda inicial, por cuanto se estaría vulnerando el derecho de defensa y debido proceso a las partes en el conflicto. Por lo anterior, se revocará este punto de controversia.

Sin COSTAS en la 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 el ordinal tercero de la sentencia proferida el 6°. de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JERONIMO ARIZA OSSES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: sin **COSTAS** en esta Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520200033 8-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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-pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA MAGNOLIA CRUZ MALAGON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la doctora María Alejandra Vargas Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 10 al 15. Asimismo antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. a la doctora Nedy Johana Dallos Pico, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 17 al 24.

ANTECEDENTES

ANA MAGNOLIA CRUZ MALAGON, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con los valores aportados a pensión, bono pensional si hay lugar a ello y los rendimientos financieros, ordenar a COLEPNSIONES, recibir los dineros de los aportes hechos al fondo privado y contabilizar esas semanas cotizadas, para efectos de la pensión de vejez, que se condene a las demandadas en costas y agencias en derecho que se causen en el proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 26 de junio de 1963, que ha estado afiliada a COLPENSIONES y posteriormente se trasladó a PORVENIR S.A., entidad en la que al 30 de mayo de 2020, registra con mil ciento cincuenta y nueve (1.159) semanas cotizadas, manifestando que las administradoras de los fondos de pensiones, están obligadas a suministrar una información objetiva, idónea, honesta, profesional, amplia y suficiente sobre la ventajas, desventajas y consecuencias del traslado de RPMPD al RAIS, deberes que indicó omitieron, ya que, jamás le brindaron la información de esta forma, evidenciando un vicio en el consentimiento; que nunca le realizaron una proyección de lo que habría sido la mesada pensional tanto en el fondo privado como en el RMPD.

Afirmo que, el 28 de agosto de 2020, mediante radicado No. 2020_8470916, solicitó ante COLPENSIONES, el traslado de régimen, el cual fue negado el mismo día; que el 31 de agosto de 2020, solicitó a PORVENIR S.A., el traslado de régimen, el cual fue negado 13 de septiembre de 2020. (fls. 24 a 50).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y 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 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, 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 e innominada o genérica. (fl. 61 a 79).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de ineptitud de la

demanda por falta de requisitos formales, ausencia de reclamación administrativa, falta de competencia, 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. 114 a 134).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora ANA MAGNOLIA CRUZ MALAGÓN., a través de la PORVENIR S.A; ordenándole a trasladar a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar la historia laboral. Costas a cargo de PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

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

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, solicitando que sea exonerada con base a la Ley 797 2003, argumentó que la demandante presentó la nulidad de traslado fuera del término que le da la misma ley, ya que, lo realizó posterior a los 10 años en que debía hacer dicho traslado; arguye que la demandante realizó el traslado a PORVENIR S.A., de manera libre y autónoma, por lo cual, COLPENSIONES, no tiene injerencia en las decisiones que la demandante tomó al momento de trasladarse de régimen.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó que se revoquen todas y cada una de las condenas que se profirieron en contra de PORVENIR S.A., manifestando que por parte del a quo, no se acreditó cuál fue la nulidad que quedo establecida y que da lugar a restarle efectos al traslado del régimen pensional, argumentando que para la fecha en que se realizó el traslado al RAIS, PORVENIR S.A., cumplió con el deber de brindar la asesoría de carácter verbal y no quedó probado que se haya realizado una coacción sobre la demandante para que se trasladara de régimen pensional, que le impidiera manifestar de manera clara e inequívoca su voluntad; que la demandante conocía las características del régimen al cual se trasladaría, las cuales se le dieron a conocer al momento de la asesoría del cambio de régimen, alega que la demandante desea cambiarse de régimen por una presunta diferencia en el monto de la pensión que pudiera llegar a tener y que sobre el particular, la Corte Constitucional en la sentencia C-086 del año 2002, señaló que esas diferencias no pueden llegar a generar una situación que dé lugar al traslado o al cambio de régimen pensional, ya que, el fin del sistema general de Seguridad Social es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, y no

estructurar un monto sobre el cual deba pensionarse el afiliado. Que la demandante en el RPMPD, con las semanas que tiene reconocidas hasta el momento podría acceder apenas a una indemnización sustitutiva y en el RAIS, podría reconocérsele la pensión de vejez, situación que da cuenta que, la disparidad de los regímenes pensionales no implica que en todos los casos sea desfavorable para un determinado afiliado o no. Por otra parte, solicitó que al no encontrarse acreditada la situación que dio lugar a la nulidad, pues no se probó la existencia de un vicio al momento en que se realizó el traslado, no procede la devolución de los saldos, rendimientos brutos e intereses que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y, por último, consideró que la condena en costa fue demasiado alta para el curso del proceso, objetó que no se puede desconocer que la defensa que se realizó no es una defensa caprichosa ni que no tenga un asidero jurídico, ya que, cumple con la normativa que le era oponible para el momento en que se realizó el traslado de 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 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 PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud del traslado de régimen radicada ante COLPENSIONES, el 28 de agosto de 2020, el cual fue negado el mismo día. (F° 44).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 26 de junio de 1963 (Folios 48-49); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 19 de noviembre de 1984 y el 31 de marzo de 1999, 102 semanas (folios 102 a 105 pdf); iii) que el 31 de julio de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1° de septiembre de 2000, (fl. 167 – 168 pdf) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1072 semanas (folios 131 a 161 pdf).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 2000, cuando se encontraba trabajando en una clínica psiquiátrica, como encargada de la Unidad de Cuidados Intensivos, la llamaron de la parte administrativa, le dijeron que debía firmar para poder continuar con los aportes a pensión y basada en el principio de buna fe en sus jefes, firmo el formulario; que la reunión duró entre 10 a 15 minutos, que el asesor no le informó que podía realizar aportes voluntarios, tampoco lo que pasaría con los recursos aportados al RAIS, no le explicaron cuál sería el monto que debía tener en la cuenta de ahorro individual, para poder obtener la pensión, no le informaron que se encontraba próxima a estar inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes. Indicó que nuca averiguo sobre la posible mesada pensional que obtendría en uno u otro régimen pensional, ya que, no tenía tiempo, pues trabajaba en dos entidades de salud. Manifestó que cuando se acercó a PORVENIR S.A., a averiguar sobre su pensión, le informaron que no tenía derecho porque le faltaban semanas por cotizar, por lo tanto, procedió a solicitar la nulidad del traslado. Por otra parte, afirmó que se encuentra en proceso de reconstrucción de la historia laboral con COLPENSIONES, porque hay unas semanas que ella cotizó y no le han sido reconocidas, con las cuales cumpliría el requisito de semanas cotizadas para obtener la pensión de vejez en el RPMPD.

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 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ANA MAGNOLIA CRUZ MALAGON, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 31 de julio de 2000, la cual tuvo fecha de efectividad el 1° de septiembre de 2000.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber

permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de ANA MAGNOLIA CRUZ MALAGON.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 octubre de 2021, por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANA MAGNOLIA CRUZ MALAGON** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520200079-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **TEMISTOCLES SUAREZ RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES a la doctora María Alejandra Cifuentes Vargas, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 13 al 15.

ANTECEDENTES

TEMISTOCLES SUAREZ RODRIGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorado equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS;

y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarlo a COLPENSIONES, junto con la totalidad del capital de ahorro individual, incluidos los rendimientos bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos e administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, inició sus aportes a pensión en el RPMPD, a través de COLPENSIONES, el 12 de marzo de 1980, que posteriormente hizo aportes en CAJANAL desde el 10 de agosto de 1980 al 30 de diciembre de 1997, cotizando 916 semanas al RPMPD, que el 30 de junio de 2005, suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A., época en la cual tenía 46 años de edad, que se vinculó a dicho Fondo, ya que, por cuanto para poder ser contrato en el IDU, en el año 2005, le solicitaron estar afiliado a salud, pensión y riesgos profesionales, que desde el año 1997, no había cotizado a pensión, por lo tanto, pensó que ya no tenía afiliación con el ISS y se acercó a una oficina de PROVENIR S.A., donde el asesor le informó que el ISS, era una entidad con un deficiente manejo administrativo, lo que podía poner en riesgo las semanas cotizadas a pensión, que afiliándose a PROVENIR S.A., podría asegurar una pensión en mejores condiciones que el ISS, ya que, al haber dejado de cotizar tanto tiempo no cumpliría los requisitos en el ISS, para obtener la pensión de vejez, asegurando que la AFP, no desplegó 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 de RPMPD al RAIS, omitiendo brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes, no le informaron cual sería el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales, mediante una proyección objetiva que le permitiera tomar una decisión informada y consiente, no le informaron de que forma se construía su pensión en el RPMPD y como en el RAIS, no le realizaron una reasesoria pensional para revisar según las condiciones de él, cual régimen le sería más favorable, que mediante proyección pensional elaborada por PORVENIR S.A., le informaron que tendría una mesada pensional equivalente a $828.986, pero que de acuerdo a una proyección pensional realizada por YABAR LIQUIDACIONES, la mesada pensional que hubiese obtenido en COLPENSIONES, era de $3.418.234.

Finalmente, afirmo que, mediante solicitud del 16 de octubre de 2019, solicitó a PORVENIR S.A., la nulidad del traslado de régimen pensional, el cual fue negado por la entidad, que el 10 de octubre de 2019, solicitó ante COLPENSIONES, mediante radico No. 2019_13739862, que procediera a la activación de la afiliación, por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS, el cual respondieron mediante radicado No. 2018_12925457 del 11 de octubre de 2018, negando lo solicitado, por

encontrarse en la prohibición legal de los 10 años, para cumplir con la edad de pensión.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y 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 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 e innominada o genérica (fls. 256 a 287).

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 (fls. 121 a 163).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la nulidad del traslado del demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A; señalando como consecuencia de tal declaración que PORVENIR S.A., traslade a COLPENSIONES, el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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 **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia, argumentando que COLPENSIONES, no tuvo injerencia alguna en la decisión libre y voluntaria del demandante de iniciar nuevamente sus aportes pensionales bajo el RAIS con el fondo privado PORVENIR S.A., en el año 2005,

Solicita que se estudie a fondo lo señalado en el fallo primera instancia, teniendo en cuenta, que se declaró la nulidad del traslado de régimen por falta del deber información por parte de la AFP, quien en su momento como se pudo probar, no fue clara, precisa y comprensible, pues fallo al no indagarle al actor bajo qué régimen deseaba seguir afiliado antes de cumplir con el tiempo límite de los 10 años, para cumplir la edad para tener derecho a una pensión, por lo que considera que es el fondo privado quien debe asumir el reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPMPD, administrado por COLPENSIONES.

Requirió, que de ser confirmada la sentencia, se debe garantizar el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, todos los recursos de la cuenta individual de ahorro cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros provisionales, cuotas de administración y todo con él fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media.

Por último, solicitó que se tenga en cuenta el principio relatividad jurídica, toda vez que COLPENSIONES, es un tercero en el acto jurídico, que se celebró entre el actor y el fondo privado y los actos jurídicos específicos tienen efectos inter partes, por lo cual la entidad no puede ser favorecida o perjudicada con dicha decisión.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, presentó recurso de apelación con el fin de que sea revocada en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones propuestas. Argumentó que dentro de la decisión se incumplen dos principios fundamentales del derecho, el principio de la confianza legítima, expone que pese a que el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, le da el requisito sine qua non al formulario de afiliación, se desconoce este elemento y se establece que esta prueba no es suficiente; y el segundo, es el principio de inescindibilidad de las normas, alegando que se incumplió en esta sentencia bajo dos factores; el primero, la declaración de nulidad se hace contrario a lo que ordena el artículo 1743 del Código Civil, el cual establece que la nulidad relativa no puede ser declarada por el juez, sino a pedimento de la parte y que en el

escrito de la demanda en ninguna fragmento, se solicita la declaración de la nulidad relativa, que es la que aparecer, la que se declaró en este proceso, ya que, en la parte resolutiva de la sentencia no se deja claridad si es una nulidad absoluta o una nulidad relativa y que el principio de inescindibilidad de la norma, obliga a establecer completamente el ordenamiento jurídico.

Por otra parte, aduce que no se establece cual fue vicio del consentimiento en el que se incurrió, si fue en un punto de derecho o si fue un error sobre el objeto, sujeto o sobre la calidad del objeto y en ese sentido, tampoco se puede incurrir en un error o vicio en el consentimiento a partir de presunciones, como son las negaciones indefinidas y, por lo tanto, no se podría declarar la existencia de algún vicio del consentimiento, pues para ese caso, sería en cabeza del demandante que estaría la obligación de probar el vicio en el consentimiento.

Por último, sobre la condena en costas, manifestó que al ser PORVENIR.SA., la única dentro del proceso condenada, se estaría tomando esto como una sanción o como una indemnización de perjuicios, lo que iría en contra de lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso y lo dicho por la Corte Constitucional en sentencia C-157 del 2013; pues COLPENSIONES, también fue vencida en juicio, lo que desdibuja la objetividad del artículo 365 del Código General del Proceso y en ese sentido, se debería absolver a PORVENIR.SA., de las costas o en su lagar se deberían compartir con COLPENSIONES.

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 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.

Por último, la parte actora solicita se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que el fondo que tuvo a su cargo el traslado de régimen pensional del demandante lo logró acreditara lo que con tanta vehemencia afirmó en la contestación de la demanda; es decir, no aporto ningún medio probatorio que sirviera de fundamento para su afirmación de haber dado un debido cumplimiento al deber de información frente al accionante durante la etapa precontractual

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

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 PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede la condena en costas en contra de las demandadas.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 10 de octubre de 2019 y su respuesta el 11 de octubre de la misma anualidad (fl 41 a 44).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 7 de abril de 1959 (fl. 14); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 12 de marzo de 1980 y el 13 de agosto de 1982, 124,14 semanas (fls 314 a 317 pdf Archivo 001); iii) que el 30 de junio de 2005, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1 de agosto de 2005, (fl, 197 - 199 Pdf Archivo 001) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,624 semanas (fls 220 – 246 Pdf Archivo 001)

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, realizó aportes al RPMPD, hasta el año 1997, que entre los años 1998 al 2005, no realizó aportes a pensión, ya que, no tuvo trabajo, que cuando le salió un contrato con el IDU, donde le solicitaron la afiliación a la seguridad social para poderle pagar y debido a la urgencia de pasar la documentación, le recomendaron afiliarse en el fondo más cercado que hubiere al IDU, el cual era PORVENIR S.A., que se acercó a dicha oficina donde un asesor le diligenció el formulario y él procedió a firmarlo de manera

libre y voluntaria, que desde ahí, está afiliado con PORVENIR S.A., que el asesor no le brindo información sobre las características del régimen, como que tendría una cuenta individual de ahorro, que por parte de él, tampoco le realizó preguntas al asesor, que PORVENIR S.A., en ningún momento antes de cumplir los 52 años de edad, le informó que iba a entrar en la prohibición de poderse cambiar de régimen y tampoco le dijo cuál sería el capital mínimo que debía tener en la cuenta de ahorro individual, para poderse pensionar con un salario 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 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora TEMISTOCLES SUAREZ RODRIGUEZ, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 actora a PORVENIR S.A., el 30 de junio de 2005, la cual tuvo fecha de efectividad el 1 de agosto de 2005.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de TEMISTOCLES SUAREZ RODRIGUEZ.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, que se ordene a Porvenir S.A. el reintegro de la totalidad de las cotizaciones, todos los recursos de la cuenta individual de ahorro cuotas abonadas al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros provisionales, cuotas de administración y todo con él fin de garantizar el financiamiento de las pensiones generadas bajo el régimen de prima media 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 inexequible 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 segundo de la sentencia apelada, ordenando a PORVENIR 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. Así mismo**,** deberá retornar los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que

produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

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 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.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 el numeral segundo de la sentencia apelada proferida el 20 de agosto de 2021, por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de, también condenar a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas al señor **TEMISTOCLES SUAREZ RODRIGUEZ, por concepto** de pago de seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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,

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500620180022O 01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 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: RECONOCIMIENTO DE SUSTITUCIÓN PENSIONAL – (Compañera permanente).

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 14 de mayo de 2021 por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ASCENSION MONROY DE FORERO en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y BLANCA YENY SANDOVAL MARIN, como Litis Consorte Necesaria.; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la Dra. Gina Paola Bustos Piragua en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 213 al 216 vto.

ANTECEDENTES

ASCENSION MONROY DE FORERO promueve demanda ordinaria laboral en contra de - **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en procura de que se condene al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.) en condición de compañera permanente supérstite, al pago de las mesadas causadas según el monto de la cotización, indexación de las condenas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), adquirió el derecho de la pensión, en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la cual fue reconocida mediante resolución No. 20159 de 1987 de COLPENSIONES, que el señor ANDRADE falleció el 14 de octubre de 2017, señaló la demandante que convivio en unión libre, socorro y ayuda mutua por más de 13 años, con el causante. Que solicito el reconocimiento de la sustitución pensional ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en su doble condición de beneficiaria y compañera permanente supérstite, la cual fue negada mediante Resolución No. 294021 del 21 de diciembre de

2017, arguyendo que no logro establecer la convivencia con el causante en los últimos 5 años. La demandante allegó como prueba la declaración extra juicio del señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), la cual radico en vida ante COLPENSIONES, con el fin de reconocerla como compañera permanente. La demandante aduce que existe un supuesto matrimonio entre el señor ANDRADE y la señora BLANCA SANDOVAL MARÍN, el cual no reconocía el causante y que, al conocer de este vínculo, le confirió poder al señor José Hernando Angarita Berdugo, para adelantar la nulidad del matrimonio, así mismo manifestó la demandante que su situación económica se ha visto afectada, desde que le negaron la sustitución pensional, por que el señor ANDRADE, contribuía económicamente con el hogar.

CONTESTACIÓN

Una vez notificada la demandada en debida forma de la demanda dio contestación así:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, con escrito de folios 90 a 109, se opuso a la totalidad de pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante, la fecha de fallecimiento del pensionado, las solicitudes elevadas por la demandante, las respuestas obtenidas y el fundamento jurídico. Así como propuso como excepciones de fondo la de la inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, innominada y genérica.

BLANCA YENY SANDOVAL MARÍN, con escrito de folios 129 a 137, se opuso a la totalidad de pretensiones, aceptó los hechos relacionados con la condición de pensionado del causante, la fecha de fallecimiento del pensionado, las solicitudes elevadas por la demandante y las respuestas obtenidas por COLPENSIONES. Así como propuso como excepciones de fondo la incapacidad mental del extitular de la pensión, por su estado de avanzada edad, frente a la suscripción de documentos con anterioridad a su fallecimiento, inexistencia del derecho a recibir la sustitución pensional, imposibilidad de coexistencia de sociedades de contenido patrimonial: Sociedad conyugal vs sociedad patrimonial de hecho y mala fe de la demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de mayo de 2021, resolvió:

*"**ABSOLVER** a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, fallo que se hace extensivo a la señora BLANCA SANDOVAL, se reitera de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión, CONSTAS, a cargo de la parte demandante vencida en el proceso, se fija la suma de $500.000, por concepto de agencias en derecho.*

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, sustentado específicamente que no se le dio el pleno valor probatorio a las declaraciones extra juicio, de acuerdo a lo establecido en el decreto 2148 de 1983, el cual expresa las facultades y la fe pública que deben tener los notarios para dar credibilidad y autenticidad a lo que se declara bajo juramento ante ellos.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, COLPENSIONES solicito sea confirmada la decisión de primera instancia y en consecuencia sea absuelta ya que concluyeron que la accionante no acredita el derecho a la sustitución de la pensión, por cuanto no acreditó la calidad de beneficiaria, ya que, no logra demostrar que convivio los últimos 5 años con el causante y como se evidencia en la investigación administrativa. En consecuencia, la entidad ha actuado con apego a la ley por lo que de manera respetuosa a la entidad que represento de todos los cargos contra ella formulados, igualmente niego el derecho, causa y razón invocados por la demandante y solicito sea condenada en costas.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en determinar si la demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión de sobreviviente, por demostrar los cinco años de convivencia requeridos en la norma, en calidad de compañera permanente supérstite del señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), para lo cual debe analizarse las declaraciones extra juicio allegadas al expediente, conforme los criterios acogidos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Lo anterior en virtud a lo dispuesto en el artículo 66 A del CPT y SS.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante Resolución 20159 de 1987, le fue concedida al señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), pensión en el régimen de ahorro individual con solidaridad por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 14 de octubre de 2017, 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 47 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 47 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 efectiva que entraña una comunidad de vida estable, permanente y firme, de mutua comprensión, soporte en los pesos de la

[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

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.

Aclarado lo anterior, toda vez que insiste la censura que la señora ASCENSION MONROY DE FORERO, convivió con el señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.) por tiempo superior a los cinco años anteriores al deceso de dicho pensionado, sea lo primero precisar que al no ser materia de controversia en este proceso la referida convivencia respecto de la señora BLANCA SANDOVAL MARÍN, por cuanto la misma fue declarada judicialmente, según se advierte en la resolución No. 294021 de 21 de diciembre de 2007, expedida por COLPENSIONES, que milita en el expediente a folios 148 a 151, por lo tanto, no es dable recabar sobre la misma; procediendo exclusivamente a verificarse las condiciones de convivencia de la señora ASCENSION MONROY DE FORERO, particularmente para el periodo de 13 años, que manifiesta esta, convivió que con el causante.

Es de señalar que, por el desarrollo jurisprudencial se ha determinado que cuando hay controversia entre compañera permanente y cónyuge, si esta última logra acreditar la convivencia con el causante, tendrá derecho de forma proporcional a la sustitución, conforme a los años de convivencia con el causante, pues así lo desarrolló la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, radicado No 41821 del 20 de julio de 2012, así:

> (…) *"en este orden de ideas, como la actora en calidad de cónyuge mantuvo vigente la sociedad conyugal y convivió como mínimo cinco (5) años con el causante en cualquier tiempo, también se le asiste el derecho a la prestación de sobrevivencia reclamada, en una cuota parte, de acuerdo con los años de convivencia." (…)*

Corresponde a la demandante, en su calidad de compañera permanente, demostrar que convivió con el causante no menos de cinco años continuos con anterioridad al momento del deceso, por lo tanto, allego al proceso la declaraciones extra juicio de las señoras Ana Aidé del Rosario Uribe González y Blanca Nubia Goez, ante la notaria Primera (01) del Círculo de Bogotá, el 21 de junio de 2017, con el fin de declarar que conocían de vista, trato y comunicación hace 20 y 10 años, respectivamente, a los señores ASCENSION MONROY DE FORERO y JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), que les constaba que los antes mencionados convivieron durante 13 años, en unión libre, socorro y ayuda mutua, declaración extra juicio que reposa a folio 27 del expediente. Igualmente, se anexo declaración extra juicio de ASCENSION MONROY DE FORERO y JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), de la misma fecha y ante el mismo notario, de la anterior declaración, en la que acreditan que convivieron en unión libre, socorro y ayuda mutua hace 13 años.

ASCENSION MONROY DE FORERO y JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.)

Pues, aunque en las declaraciones extra juicio, las señoras Ana Aide del Rosario Uribe González y Blanca Nubia Goez, indicaron que la pareja conformada por el causante y la demandante, convivieron durante 13 años en unión libre, lo cierto es que tales declaraciones no pudieron ser confrontadas con las pruebas testimoniales de los mismos, las cuales fueron decretadas dentro del proceso, pero no comparecieron a rendir declaración ante la primera instancia, pues la parte demandante desistió de dichas pruebas, hecho que genera duda a este colegiado, ya que, estos testimonios eran claves para despejar las dudas sobre los hechos aquí investigados, pues existe una clara contradicción entre dichas declaraciones y la historia clínica del señor ANDRADE (Q.E.P.D.), que reposa a folios 45 a 78, en las que es recurrente en cada informe médico, dice que el paciente, vive solo que no tiene acompañante, también es repetitivo que en la historia clínica, los médicos se comunicaban con la señora BLANCA SANDOVAL, quien en algunas ocasiones se hizo presente en el hospital para asistir al causante. Se evidencia también, que en la historia clínica en el aparte de la justificación para que el paciente continue hospitalizado, folio 67, el causante manifiesta: "*Durante entrevista con acudiente del pte esat refiere que la hija hace 4 años luego decidido "desentenderse" del cuidado de su padre "por la pensión", pues refiere que el pte tiene intención de dejar pensión a la sra Blanca, (cuidadora) y que la hija al parecer no acepta tal decisión, confirma que ella (tiene los papeles de la pensión) del señor Julio Cesar, para terminar el traspaso xa ella.)*

Por otra parte, a folio 141 milita acta de matrimonio No. 5711485 del 27 de junio de 2013, celebrado entre la señora BLANCA YENY SANDOVAL MARÍN y el señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), donde no se advierte nota al margen de alguna disolución o separación de los cónyuges. Así las cosas, se encuentra acreditado el vínculo de la señora SANDOVAL MARÍN, con el causante, desde el 27 de junio de 2013, hasta el día de del fallecimiento del señor ANDRADE (Q.E.P.D.), sin que se perdieran lo efectos civiles del mismo.

Este material probatorio fue analizado conforme lo exige el artículo 176 del Código General del Proceso que a este respecto indica:

> "Apreciación de las pruebas Las pruebas deberán ser apreciadas en *conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos… ()… El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba…",*

Por lo anterior, las declaraciones extra juicio presentadas por la parte demandante, no brindan total certeza sobre la convivencia permanente, pacifica e ininterrumpida del señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.) con la señora ASCENSION MONROY DE FORERO, durante los cinco años inmediatamente anteriores al deceso de aquél, considerando que, fueron realizadas en un formato genérico, en el cual no informan la intención de

las mismas y tampoco brindan información del modo, tiempo y lugar en la que les consta la convivencia de la demandante con el causante. Adicionalmente, fueron desvirtuadas con el acta de matrimonio No. 5711485, la historia clínica y la investigación realizada por COLPENSIONES; que esta última inició en atención a las solicitudes allegadas tanto por la aquí demandante, como por la señora BLANCA YENY SANDOVAL MARIN, solicitando la sustitución pensional del señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.). Investigación en la cual, logran establecer por medio de declaraciones de vecinos y familiares del señor ANDRADE (Q.E.P.D.), que la única persona que identifican que convivió y que es la esposa del causante, es a la señora SANDOVAL, por lo que la pensión de sobreviviente fue reconocida a la señora BLANCA YENY SANDOVAL MARIN, por parte de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Pruebas documentales y declarativas que valoradas en su conjunto impone confirmar la sentencia de primera instancia que, de una parte, encontró acreditado el derecho de la señora BLANCA YENY SANDOVAL MARIN, en la medida que no sólo acreditó tener vínculo matrimonial vigente desde el 27 de junio de 2013 y hasta el 14 de octubre de 2017, con el señor JULIO CESAR ANDRADE (Q.E.P.D.), sino que fue la persona que estuvo pendiente del causante hasta el día de su fallecimiento, prestándole cuidado, ayuda y asistencia solidaria.

En consecuencia, con el propósito de resolver la apelación, debe referirse en primer lugar este Colegiado a que, al no haberse acreditado en legal forma la convivencia de la demandante con el causante por el término exigido en la norma, no le asiste derecho a la pensión de sobreviviente.

En este punto conviene precisar que los artículos 251 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, los cuales establecen las reglas legales sobre la valoración de pruebas documentales y en concordancia con la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional Sentencia SU129/21:

> *(…) "68. En lo que atañe a las reglas de apreciación de los documentos aportados al proceso ordinario laboral, deben revisarse los artículos 251 y siguientes del Código de Procedimiento Civil. Este tipo de pruebas son de gran utilidad para el esclarecimiento de lo ocurrido. Son representativas en tanto dan cuenta de la existencia, en el pasado, de un hecho concreto. [103] A su vez, los documentos pueden ser públicos o privados. Serán públicos en razón de la autoridad que los suscribe. [104]*
>
> *69. En el proceso ordinario laboral el sistema de valoración probatoria es libre. Sin embargo, en relación con las pruebas documentales, el legislador ha establecido algunas reglas que parecieran ser propias de lo que la doctrina ha identificado como un "sistema de prueba legal". Este sistema limita al juez en su valoración, en tanto la norma le señala qué conclusión debe extraer de determinado elemento probatorio. O, dicho de otro modo, "el legislador atribuye ex ante un resultado probatorio determinado a un medio de*

prueba genérico" [105]. Así, en algunos eventos, la autoridad judicial no puede más que seguir lo prescrito por la ley en lo que a la valoración se refiere. [106]

70. Estas reglas tienen la forma de presunciones. Algunas de ellas son las siguientes: (i) si una de las partes aporta un documento privado afirmando que fue suscrito o expedido por la contraparte, y esta no lo tacha de falso, se presume que es auténtico.[107] (ii) Lo mismo ocurre con los documentos públicos, pues, se presumirán auténticos "mientras no se compruebe lo contrario"[108]. También estableció el legislador que (iii) el documento público prueba, plenamente, su fecha, las declaraciones que contiene y su otorgamiento, [109] y que (iv) si fue suscrito por un funcionario sin competencia o sin las formas debidas, se tendrá como documento privado.[110]

71. Como se observa, tanto las pruebas testimoniales como las documentales están sometidas, prima facie, al sistema de libre apreciación. Con todo, el legislador ha dispuesto (especialmente en el caso de las segundas) de algunas reglas que ordenan al juez asignarle un valor específico a los documentos que no han sido tachados de falsos. En este último caso la autoridad judicial no puede concluir cualquier cosa, debe seguir lo prescrito en la norma.[111] Empero, esto no significa que ante la presencia de un documento de estas características sea inoficioso evaluar el contenido de los demás medios de prueba aportados al proceso, pues lo cierto es que todos deben ser estudiados –además de individualmente– en su relación con la totalidad del acervo." (…)

Por consiguiente, las ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Adelanto una verificación oficiosa sobre el cumplimiento de los requisitos para la adquisición del derecho y la legalidad de los documentos que sirvieron de soporte para el reconocimiento y pago de la pensión, allegando los medios de convicción suficientes para acreditar su decisión y pago de la pensión a la señora BLANCA SANDOVAL MARÍN siendo cónyuge del causante y logrando así que no prosperen todas las pretensiones de la aquí demandante.

Así las cosas, el precedente normativo, factico y jurisprudencial hasta aquí expuesto comporta para la Sala la confirmación de la sentencia de primera instancia que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra ante la ausencia de derecho a la pensión de sobrevivientes de la promotora de esta acción.

Costas a cargo de la parte demandante atendiendo el resultado desfavorable del recurso. 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 14 de mayo de 2021, por el Juzgado Sexto (06) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ASCENSION MONROY DE FORERO en contra del ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante, Inclúyase 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 GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

MG

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

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500720190027 7-01

En Bogotá D.C., hoy 31 de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Doctores. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES _ Reconocimiento y pago de la pensión madre, dependencia economía.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandada PORVENIR S.A. contra sentencia de fecha 29 de julio de 2020 proferida por el Juzgado Séptimo (07) laboral del circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por la señora ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR.

ANTECEDENTES

ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ promueve demanda en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en donde pretende que se declare que ella dependía económicamente de su hijo Diego Alejandro Acevedo (q.e.p.d.), además que el causante cumplió con los requisitos establecidos en la Ley 797 de 2003 para generar el derecho a una pensión de sobreviviente, por haber cotizado más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento, solicita que se ordene el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor de la señora Ana Luvidia Acevedo Diaz como beneficiaria del causante desde el 27 de junio de 2017, así como el pago de las mesadas ordinarias y adicionales, igualmente al pago de los intereses moratorios sobre el valor de las mesadas ordinarias y adicionales de conformidad con lo reglado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, condenas indexadas, y las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el señor DIEGO ALEJANDRO ACEVEDO, era el hijo de la demandante, quien trabajaba para la empresa METALPAR S.A.S., teniéndose que desplazar a diferentes ciudades del país, que el contrato de trabajo era de obra o labor, que su último trabajo fue el 20 de junio de 2017, con una asignación salarial mensual de $2.000.000.oo, más $500.000.oo por auxilios que no constituían salario, más $1.800.000.oo promedio mensual por horas extras y comisiones, para un total de $4.300.000.oo; que el causante fallece el 27 de junio de 2017 en la ciudad de Yopal, en donde se encontraba debido a su trabajo.

Que Diego Alejandro Acevedo (q.e.p.d.), se encontraba afiliado a PORVENIR PENSIONES Y CESANTIAS, donde cotizo interrumpidamente desde el año 2010; la señora Acevedo Diaz no es profesional solo culmino estudios hasta la secundaria, no tiene vinculo laboral formal, desde hace 10 años se dedica a las labores del hogar y hacer aseo y mantenimiento a casas de familia por días, su ingreso promedio es de $700.000.oo; quien asumía el 68% de los gastos de mantenimiento de los gastos del hogar era su hijo fallecido y ella ayudaba con el 32%; ella presentó en la entidad demandada la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de su hijo; Porvenir mediante correo electrónico de fecha 5 de abril de 2018, rechazó la prestación bajo el argumento de que la demandante no acredito la dependencia económica a la fecha de fallecimiento y con el formulario de solicitud ella adjunto los documentos necesarios para acreditar la dependencia económica de su hijo, además ante la Notaria 39 de Bogotá, rindió declaración en las cual indica que no tiene bienes inmuebles, vehículos ni ingresos diferentes a los que percibe como empleada doméstica por días.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en terminó dio contestación mediante escrito de folios 91 A 96, en donde se opuso a la totalidad de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con el trámite realizado por el demandante ante el fondo de pensiones demandado para el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente y su negación; propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe, innominada o genérica, prescripción y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

De acuerdo al contenido del audio allegado, el cual corresponde al acta diligenciada, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 29 de julio de 2020, dispuso:

> *"**PRIMERO:** Condenar a PORVENIR a RECONOCER Y PAGAR a la señora ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ la pensión de sobreviviente con ocasión al fallecimiento de su hijo DIEGO ALEJANDRO*

ACEVEDO en cuantía del (sic) $1.343.271,22 legal a partir del 28 de junio de 2017.

SEGUNDO: *Condenar a PORVENRI SA a RECONOCER Y PAGAR a la señora ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ como retroactivo pensional la suma de $56.995.969 correspondiente a las mesadas desde el 28 DE JUNIO DE 2017 hasta el 31 de julio de 2020, se realizará el descuento a los aportes a salud.*

TERCERO: *Condenar a PORVENIR SA a RECONOCER Y PAGAR a la señora ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la ley 100 de 1993 a partir del $20.938.790 en cuantía de 15 de diciembre de 2017 liquidados a 31 de julio de 2020 y en adelante los que se generen hasta su efectivo pago.*

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS EXCEPCIONES PROPUESTAS POR PORVENIR SA.

QUINTO: COSTAS A CARGO DE PORVENIR AGENCIAS 7% CONDENA."

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de Porvenir fundamenta su inconformidad en que de acuerdo a los lineamientos establecidos en la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares, en donde se ha indicado que la carga de la prueba se encuentra en cabeza del extremo actor, para demostrar la dependencia económica de los padres para con el hijo fallecido, y que con la ausencia de este se vea desmejora la calidad de vida digna de los progenitores, aunque la dependencia económica no debe ser total, para cada caso en particular se debe analizar el mínimo vital.

Que, para el presente asunto, no se demostró que para el momento del fallecimiento del afiliado aportara ayuda a la demandante y cuál era la clase de esa ayuda, pues ella depende económicamente de lo que ella misma produce son sus labores, además si hijo fallecido no vivía con ella, él vivía en otra ciudad en donde se sostenía con el trabajo que desarrollaba, amén de que se encontraba realizando una especialización con lo cual no podría sostener y/o ayudar al sostenimiento de la madre quien vivía en la ciudad de Bogotá con su compañero permanente, y ella trabaja haciendo aseo en casas de familia, sin que se encontrara afiliada a salud como beneficiaria de su hijo muerto. Por lo cual solicita a los señores magistrados que se revoque en todo el fallo de primera instancia.

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, la apoderada de la parte demandante insistió en la confirmación de la sentencia de primera instanciacomo quiera

que se probó la dependencia económica está probada desde el momento en que mi representada radicó la solicitud ante el Fondo Privado, pues tal como se registra en el formulario de prestaciones económicas, es claro que el afiliado fallecido contribuía de manera importante con los gastos del hogar necesarios para que la señora Ana Luvidia se procurará una digna subsistencia. Entre tanto, PORVENIR, solicitó que la condena por intereses moratorios sea revocada, en la medida en que se rechazó la pensión de sobrevivientes deprecada amparada en la normatividad vigente, tras considerar que no se encontraba acreditado el requisito de dependencia económica.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente a la demandante, en calidad de madre sobreviviente, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse el tema de la dependencia economía respecto del afiliado fallecido, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Como quiera que es la fecha del fallecimiento del señor DIEGO ALEJANDRO ACEVEDO (q.e.p.d.), la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso de aquel se produjo el 27 de junio de 2017 como se lee en el registro civil de defunción que obra a folio 10, 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 inexequible, 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 inexequible 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).

Así las cosas, es necesario entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de determinar si la demandante dependía del causante.

De las pruebas declarativas rendidas en el plenario se tiene que el causante le ayudaba a su señora madre con las necesidades básicas para que ella tuviera una vida digna como sobre prestación a la colaboración ella le brindo para salir adelante, y llegar a ser un profesional, situación que fuere corrobora en la declaración rendida por su hermana; pues no es por desmeritar que la demandante trabajara haciendo aseo en casas familiares, con lo que allí ganara no le alcanzaba para cubrir una vida digna como la que soportaba con las colaboraciones que le brindaba su hijo, pues como se advierte de las documentales se tiene la señora Acevedo Diaz solo ganaba $700.000.oo y su hijo Diego Alejandro más o menos en promedio $2.800.000.oo conforme se advierte de la documental a folio 100.

Ahora en relación con el hecho de que la demandante no se encuentre afiliada a salud como beneficiaria del causante, no se puede tener como una

negación indefinida de que no existía dependencia económica; es de observarse que los testigos al unisonó manifestaron que el causante ayuda con el arriendo, el mercado de su señora progenitora, lugar en donde él vivía cuando se encontraba en la ciudad de Bogotá, es decir, que siempre estaba pendiente de ella en sus necesidades.

Elenco probatorio que analizado en su conjunto permite colegir que si bien es cierto la señora ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ convive en Bogotá sola por periodos, también lo es que era su hijo DIEGO ALEJANDRO ACEVEDO (q.e.p.d.) satisfacía gran parte de sus necesidades básicas, quien por temas de trabajo laborada en diferentes ciudades del país, muy por el contrario a lo manifestado por la censura, no se tornan en lujos, sino en calidad de vida de la que no se presenta reparo alguno

para procurarse la pensión de sobrevivientes, ni está excluida por el sólo hecho de satisfacer poco más de lo que se espera de la mínima subsistencia, con la ayuda de su hijo tenía una vida digna pues vivían en un apartamento en arriendo, también le giraba dinero para su manutención, no se trata entonces de reprochar que las sumas de dinero o el apoyo económico brindado por el causante a su señora madre debía estar destinado netamente a proporcionarle lo necesario para su congrua subsistencia, tal no es la concepción que tanto legal ni jurisprudencialmente ha sido aceptada.

Y es que, como quedó visto, a partir de la sentencia C-111/2006 de la Corte Constitucional, la dependencia económica no tiene que ser total y absoluta; esto es, que si bien debe existir una relación de sujeción de los padres en relación con la ayuda pecuniaria del hijo, tal situación no excluye que aquellos puedan percibir rentas o ingresos adicionales, a condición que estos no sean suficientes para garantizar su independencia económica, es decir, que esas rentas no alcancen a cubrir los costos de su propia vida (CSJ SL400- 2013, CSJ SL816-2013, CSJ SL2800-2014, CSJ SL3630- 2014, CSJ SL6690-2014, CSJ SL14923-2014). Es así como ha estimado la jurisprudencia del trabajo que la carga de la prueba de la dependencia económica corresponde a los padres-demandantes y, al demandado, el deber de desvirtuar esa sujeción material mediante el aporte de los medios de convicción que acrediten la autosuficiencia económica de los padres para solventar sus necesidades básicas (CSJ SL, 24 nov. 2009, rad. 36026), situación esta última que no se logró por parte del fondo pensional demandado, ya que ni siquiera se tomó la molestia de investigar las condiciones en las que vivía la demandante, solamente se limitó a señalar que la señora Acevedo Diaz trabaja y para el momento de los hechos vivía con su compañero permanente, y que el salario devengado por el causante solamente le alcanzaba para cubrir sus necesidades atendiendo que encontraba realizando una especialización y vivía para ese momento en la ciudad de Yopal.

Conforme al análisis realizado de las pruebas existentes en el proceso la Sala puede concluir que la demandante dependía económicamente del causante, ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ, dado que independientemente de la proporción de su aporte en el hogar este era necesario para sufragar los

gastos ineludibles de aquella y en busca de una vida digna, sin que la demandante tenga que demostrar un estado de mendicidad o indigencia para ser acreedora del derecho a la prestación pensional.

Por último, no deben olvidarse los distintos pronunciamientos referidos en primera instancia por la A quo y que se refuerzan además por ejemplo con la "*sentencia del 29 de octubre del 2014 con radicado 47676 de la H. CSJ",* en la que se hace referencia a que 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 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 por el Juzgado Séptimo (07) laboral del circuito de Bogotá, de fecha 29 de julio de 2020, dentro del proceso ordinario laboral promovido por ANA LUVIDIA ACEVEDO DIAZ en contra del FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, por las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyase en ellas 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 GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

MG

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500920190046601

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 y reconocimiento de pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 13 de agosto de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DUILIO SALOMÓN SÁNCHEZ WHITAKEE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al doctor Oscar William Montes Urrea, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio394 al 396 vto. Asimismo antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. a la doctora Nedy Johana Dallos Pico, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 380 al 388.

ANTECEDENTES

DUILIO SALOMÓN SÁNCHEZ WHITAKEE, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorado equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a PORVENIR S.A., trasladarlo a COLPENSIONES, junto con el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual, que se ordene a COLPENSIONES, a aceptar el traslado; que se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional y sus respectivos ajustes, los intereses moratorios sobre las mesadas atrasadas, 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 10 de marzo de 1952; que tenia cuarenta y dos (42) años de edad, al 01 de abril de 1944, que inicio su vida laboral el 23 de abril de 1979, que empezó a cotizar en el fondo Intendencial de Pensiones de San Andrés, el 24 de septiembre de 1979 hasta el 07 de febrero de 1991 y que cotizo en el ISS ahora COLPENSIONES, desde el 21 de marzo de 1996, donde cotizo ochocientas treinta y dos (832) semanas, en el RPMPD, que en septiembre de 1996, suscribió formulario de traslado con destino a la AFP PORVENIR S.A., manifestando que no recibió asesoría alguna, que no le informaron las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en el RAIS, que no le informaron la fecha de redención normal de su bono pensional, que sería el cumplimiento de la edad de 62 años, como tampoco la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas, ni la inconveniencia del cambio de régimen, no le entregaron un reglamento de funcionamiento y que la decisión de vinculación no estuvo precedida de la comprensión suficiente para adoptarla. Igualmente, indicó que no le informaron que podía regresar al RPMPD, que ha cotizado en el RAIS, 693 semanas según historia Laboral de PORVENIR S.A., del 22 de agosto de 2018, teniendo un total de 1525 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones.

Finalmente, adujo que, el 10 de mayo de 2019, solicitó a COLPENSIONES la nulidad de la afiliación, con respuesta negativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y 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, inexistencia de la obligación, inobservancia del principio constitucional

de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005), el hecho de un tercero, calidades de demandantes para conocer las consecuencias de su traslado, falta de legitimación en la causa por pasiva y la innominada o genérica (fl. 51 a 53).

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 de la obligación y buena fe. (fls. 146 y 147).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de agosto de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de tal declaración a PORVENIR S.A. para trasladar a la COLPENSIONES, el capital depositado en la cuenta de ahorro individual del señor DUILIO SALOMON SANCHEZ WHITAKER, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades; condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas, para considerarlas a efectos de definir la situación pensional de aquella; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de 1990; quedando supeditada la fecha del disfrute al retiro del sistema o al momento en que cesen las cotizaciones para pensión. Por lo que la prestación se pagará, teniendo en cuenta para calcular el IBL las reglas en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, por faltarle más de 10 años al convocante, para adquirir el derecho desde la entrada en vigencia del sistema pensional, es decir, que aquel se deberá calcular con el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el afiliada en toda la vida laboral o con los ingresos de los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, de acuerdo con lo que resulte más benéfico en su caso. Y a su vez para el monto, es decir la tasa de reemplazo, deberá acudirse a las previsiones del art. 20 del acuerdo 049 de 1990; Por otra parte, autorizó a la entidad a descontar lo correspondiente al aporte a salud en razón a que los pensionados son afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en salud en virtud de los artículos 204 y 157 de la Ley 100 de 1993; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones; absolvió a COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra, las costas a cargo de 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumento que, el traslado de RPMPD al RAIS, se efectuó por parte del demandante de forma libre y voluntaria, al encontrarse cotizando por más de 20 años en el Régimen Individual, que perdió el beneficio del régimen de transición al momento de realizar el traslado de régimen, que para la fecha en que solicito nuevamente el traslado al régimen de RPMPD, contaba con 67 años de edad, por lo tanto, estaba inmerso en la prohibición legal de traslado, lo que va en contravía con base en el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional. Alega que no se debe reconocer la pensión de vejez al demandante, ya que, el traslado al RAIS, se presume valido y que dicho reconocimiento se realice con base en el decreto 758 de 1990, ya que, los beneficios del régimen de transición fueron perdidos por demandante al momento de trasladarse de un régimen a otro.

Por su parte la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita que se revoque en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, 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, 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, que existe imposibilidad jurídica de PORVENIR; con respecto al reconocimiento pensional, consideró que no es procedente, al no existir ineficacia del traslado de régimen pensional y debe ser solicitado al RAIS; frente a la devolución de los gastos de administración, indicó que los mismos se realizaron en cumplimiento de un deber legal, por lo tanto, es contradictorio e injusto el trato diferencial que se le da a los conceptos de la afiliación al RAIS, desconociendo la igualdad y los efectos de una declaratoria de ineficacia.

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 pensión que le corresponda por el número de semanas cotizadas

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.

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 PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede conceder la pensión de vejez a la demandante.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 10 de mayo de 2019 y su respuesta el 18 de mayo de la misma anualidad (fls. 21 y 22).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 17 de enero de 1983 (fl. 3); ii) cotizó al departamento Archipiélago de San Andrés y Providencia Santa Catalina y extinto Instituto de Seguros Sociales (fl. 56 a 70 y 300 – 307); iii) que el 04 de agosto de 1997, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 4°. de agosto de 1997, con fecha de efectividad 1°. De octubre de 1997 (fl. 89 - 90) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1,747 semanas (fl. 95 a 121).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al demandante, quien informó que, para el año 1997, se encontraba afiliado al Seguro Social y se encontraba trabajando para la Gobernación de San Andrés islas como jefe de rentas, llegó un representante de PORVENIR S.A., con quien se reunió alrededor de 20 a 30 minutos, quien le manifestó que el Seguro Social iba a desaparecer, pero tenia la opción de no perder la afiliación, uniéndose a PORVENIR S.A., que no le explicó nada más, que él le pregunto al asesor cual era la modalidad, quien le respondió que era la misma de todos los fondos, que él se encargaría de todos los tramites para el traslado de los

aportes del RPMPD al RAIS, que no le explicó nada acerca del bono pensional, ni de la cuenta de ahorro individual, como tampoco de los aportes voluntarios que podía realizar a dicha cuenta; explicó que firmo el formulario de afiliación porque el asesor le dijo que el Seguro Social iba a desaparecer y con ese argumento lo convencieron de firmar, que posterior a la afiliación a PORVENIR S.A., cuando le llegó un extracto del fondo, consultó con otros compañeros que también se afiliaron, quienes le expresaron que PORVENIR S.A., no lo iba a pensionar porque era un fondo de ahorro, por lo que solicitó retractar la afiliación, la cual, le fue negada porque ya se encontraba en edad para pensionarse.

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 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora DUILIO SALOMÓN SÁNCHEZ WHITAKEE, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 4°. de agosto de 1997, la cual tuvo fecha de efectividad el 1°. De octubre de 1997.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de DUILIO SALOMÓN SÁNCHEZ WHITAKEE.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Procede la Sala, revisar lo concerniente al reconocimiento de pensión de vejez concedida por el a quo conforme el artículo 33 de la ley 100 de 1993, vale precisar que 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 las partes recurrentes 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 y quino de la sentencia proferida el 13 de agosto de 2021, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **DUILIO SALOMÓN SÁNCHEZ WHITAKEE** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. 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,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501120200038-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIA GILMA ARIZA TAPIA** en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.;**no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la sociedad PORVENIR S.A. al doctor Daniel Felipe Ramírez Sánchez, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 17 al 24.

ANTECEDENTES

MARIA GILMA ARIZA TAPIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS;

y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a COLFONDOS S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos y rendimientos causados; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, sin solución de continuidad en el RPMPD 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 22 de enero de 1962; que a la fecha de instaurada la demanda contaba con cincuenta y ocho (58) años de edad, que se encontraba cotizando para obtener su pensión desde el 15 de marzo de 1989 hasta el 31 de octubre de 2000, aportes que inicialmente se realizaron al ISS ahora COLPENSIONES, la señora ARIZA TAPIA, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual Porvenir S.A., mediante formulario del 29 de septiembre de 2000.

Afirmo que, el traslado se produjo en razón a la información engañosa suministrada por el asesor de la mencionada administradora, que le manifestó que en ese fondo se podía pensionar a los 40 años de edad, con un salario de $4.000.000, que podría reclamar el dinero si no quería pensionarse por un valor de $250.000.000 a $500.000.000, aclaró que nunca le explicaron los requisitos para recibir dicho dinero, que en cuando a pensiones únicamente le dijeron que los requisitos solo eran edad y semanas, expresó que le informaron que el ISS, se iba a acabar y el dinero que hubiere allí se iba a perder, por lo que los fondos privados de pensiones eran más seguros.

Posteriormente, se afilió al fondo de pensiones COLFONDOS S.A., mediante formulario del 28 de enero de 2004, el cual realizó debido a que LRG Arquitectos, la contrató en el año 2003 y todos los empleados de esta empresa pertenecían a dicho fondo, sin recibir ninguna asesoría clara sobre esta afiliación.

Finalmente, afirmo que, el 18 de noviembre de 2019, solicitó a PORVENIR S.A., el 20 de noviembre de 2019, solicitó a COLFONDOS S.A. y el el 18 de noviembre de 2019, solicito la nulidad de la afiliación, con respuesta negativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS 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 errónea e indebida aplicación del articulo 1604 del Código Civil, 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 las costas en instituciones de administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, innominada o genérica (fls. 53 a 69).

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 de la obligación y buena fe. (folios 72 a 89.).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de buena fe y la innominada o genérica y compensación y pago. (fls. 49 a 52).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A. y a su vez el celebrado con la AFP COLFONDOS suscrito el primero de ellos el 01 de marzo del 2000 y el 28 de enero del 2004; señalando como consecuencia de tal declaración que nunca se trasladó al RAIS y, por lo tanto, siempre estuvo afiliada al RPMPD; ordenando a COLFONDOS S.A., donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del código civil y los gastos de administración; ordenando a COLPENSIONES a admitir el traslado de la ciudadana MARIA GILMA ARIZA TAPIA con sus aportes al RPMPD; declarando no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por la pasiva y condenó en costas a las dos demandadas AFP PORVENIR S.A. y AFP COLFONDOS 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 **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 obligación de las administradoras informar por escrito sobre los beneficios puntuales que se ofrecían, ni realizar proyecciones sobre el monto de la pensión que se obtendría, 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, que, la demandante contó con múltiples oportunidades de regresar al RPMPD, que realizó un traslado horizontal a COLFONDOS S.A., con lo que ratificó su voluntad de permanecer en dicho régimen. Que la inconformidad de la actora se deriva a su inconformidad con el monto de la mesada pensional, factor que no es suficiente para ser considerado como un elemento para viciar la voluntad de la demandante, ya que, las pretensiones de la demandante no pueden ser comparables en uno y otro régimen. Que la relación entre la administradora y la demandante es administrativa y no un contrato donde exista una posición dominante que coloque en mejor situación a la administradora al momento de realizarse la vinculación, (CD fl. 100).

Por su parte **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad y absuelva a la entidad de todas las pretensiones de la demanda, refiere que, la demandante, está inmersa en la prohibición legal establecida por la Ley 797 de 2003, para retornar en cualquier momento al RPMPD, por encontrarse a menos de 10 años para acceder al derecho pensional; que la demandante realizó traslados horizontales, con lo que demostró su voluntad de permanecer en el RAIS y no tuvo ninguna intención de regresar a COLPENSIONES, sino hasta cuando cumplió la edad para pensionarse; argumentado que, el retorno de la demandante al RPM, afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues la actora resultaría beneficiada y subsidiada por las cotizaciones de los demás afiliados, afectando el concepto constitucional de equidad y también el principio de eficiencia pensional.

De manera subsidiaria solicita que, se condiciones el cumplimiento de la sentencia por parte de COLPENSIONES, previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como las cotizaciones, rendimiento financieros, bonos pensionales, cuotas abonadas al fondo de pensión mínima, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados por todo el tiempo que estuvo afiliada la demandante a los fondos privados. Solicita la no condena en costas, toda vez que no participo en el acto que se presume ahora ineficaz y es un tercero al que se le causo un daño injustificado por un contrato suscrito entre terceros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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 incursa 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.

Por último, PORVENIR S.A pide la confirmación del fallo por cuanto si de da 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 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 PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; (iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 18 de noviembre de 2019 (fl 41) y su respuesta el 19

de noviembre de la misma anualidad (fl 42 - 43)

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 22 de enero de 1962 (fl. 16); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 15 de marzo de 1989 y el 31 de octubre de 2000, 590,86 semanas (Fols 18 - 21); iii) que el 29 de septiembre de 2000, se trasladó al RAIS con el fondo PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1°. de noviembre del 2000, (fl. 83). Posteriormente, se trasladó a COLFONDOS S.A., el 28 de enero de 2004, con fecha de efectivad

1°. de marzo de 2004, administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, (F° 49 reverso).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte a la demandante, quien informó que, para el año 2000, cuando se quedó sin trabajo, se afilió a PORVENIR S.A., como independiente, indica que no tuvo un asesor que le brindara información del traslado y las consecuencias del mismo, que lo hizo teniendo en cuenta la información que ya había recibido en varias ocasiones por asesores de esa entidad que cada año iban a la empresa donde trabajaba, asesorías que duraban entre 5 a 10 minutos, donde le explicaban que podía pensionarse a los 40 años de edad, con $4.000.000 mensuales, que si no quería pensionarse, podría reclamar desde $250.000.000 hasta $500.000.000, que le manifestaron que el ISS, se iba a terminar, por lo tanto no se iba a poder pensionar y por ende el dinero se iba a perder, que en caso de fallecimiento, los beneficiarios quedarían con la pensión, expresa que nunca fue informada adecuadamente de los requisitos y las implicaciones de trasladase a un fondo privado de pensiones. Informó que, para finales del año 2018, cuando estaba cerca a cumplir la edad para pensionarse se acercó a una sede del fondo privado y un asesor le comunicó que con el monto que tenía ahorrado no le alcanzaba ni para pensionarse con un salario mínimo, por lo tanto, averiguo en COLPENSIONES, para retornar al RPMPD, a lo que le manifestaron que ya no podía, porque le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Por último, expone que cuando cumplió la edad para pensionarse, el fondo privado se empezó a comunicar con ella para que reclamara 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 estaba 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MARIA GILMA ARIZA TAPIA, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS 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 actora a PORVENIR S.A., el que el 29 de septiembre de 2000, con fecha de efectividad desde el 1°. de noviembre del 2000, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las

condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de MARIA GILMA ARIZA TAPIA.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 noviembre de 2021, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIA GILMA ARIZA TAPIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS 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 **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** 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,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501320200046-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 y reconocimiento de pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuesto por la apoderada de las demandada OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 16 de noviembre de 2021, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá y la consulta a favor de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DORIS FABIOLA SANCHEZ MUÑOZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**.; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 146 vto. al 148.

ANTECEDENTES

DORIS FABIOLA SANCHEZ MUÑOZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que se declare que fue asesorada equivocadamente por SKANDIA S.A. hoy OLD MUTUAL SKANDIA

PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con sus cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, gastos de administración, así como todos sus frutos e intereses y rendimientos que se hubieren causado; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado; que derivado de la nulidad de traslado se declare el derecho a la pensión de vejez que le asiste, que sean pagadas las mesadas ordinarias y adicionales causadas y no pagadas en forma retroactiva, que se ordene el reconocimiento y pago de la indexación de las mesadas causadas y no pagadas, reconocimiento y pago de los intereses moratorios, 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 29 de abril de 1961; que contaba con 58 años de edad, que al momento de instaurar la demanda, que se encontraba cotizando para obtener su pensión desde el mes de enero de 1983, aportes que inicialmente se realizaron al ISS ahora COLPENSIONES, que se trasladó al RAIS a Pensionar S.A., hoy OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a partir del mes de abril del año 1995, que al momento de trasladarse contaba con mil ciento treinta y nueva (1.139) cotizadas al RPMPD, manifestando que Pensionar S.A., hoy OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., omitió su deber de informar y asesorar de manera suficiente sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen previo a disponer su afiliación al RAIS, que fue inducida por error por parte del fondo privado, quien no cumplió con la obligación de entregar información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado, el cual le causo un grave perjuicio frente al monto de su derecho pensional, perdiendo la posibilidad de pensionarse bajo la condición más favorable, que el asesor del entonces Pensionar S.A., le indicó que podía acceder a la pensión en fecha anterior y en una cuantía muy superior a la prevista por el entonces ISS, que le presento el RAIS, como el mas beneficioso y con condiciones mas favorables en materia pensional, que le manifestaron que el ISS, seria reformado y se le incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional de vejez, con respecto a la edad y semanas mínimas de cotización requeridas, además de que se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho pensional, que no le realizaron una proyección pensional, que acreditara que el RAIS, realmente tenia condiciones más favorables en materia pensional y que cumplió el requisito de edad de pensión el 29 de abril de 2018, acreditando dos mil trecientas noventa y cuatro con setenta y un (2.394.71) semanas cotizadas.

Finalmente, adujo que, el 18 de noviembre de 2019, solicitó a COLPENSIONES y el 19 de noviembre de 2019, solicito ante OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A la nulidad de la afiliación, con respuesta negativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y OLD MUTUAL 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.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones de oficio. (fl. 116).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica (fls. 104 y 105).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de noviembre de 2021, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante a través de la AFP SKANDIA S.A. en abril de 1995, condenando a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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; condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos y actualizar la Historia Laboral de la demandante; declaró que la demandante causó la pensión de vejez de que trata el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9 de la Ley 797 de 2003 en abril de 2018; condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión teniendo como fecha de disfrute pensional, el primer día del mes siguiente al que se reporte la novedad de retiro, debiendo COLPENSIONES, liquidar la mesada pensional conforme lo establece el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual en todo caso no puede ser inferior al SMLMV, debiendo indexar el retroactivo; absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a la demandada OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia, el equivalente a 1 SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandada AFP OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL 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, dales recursos no están destinados al pago de la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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 el fondo 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.

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 el recurso de apelación interpuesto por la demandada, 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 OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede conceder la pensión de vejez a la demandante.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 18 de noviembre de 2019 y su respuesta el 09 de diciembre de la misma anualidad (fls. 40 a 46).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 29 de abril de 1961 (fl. 28 - 29); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 10 de enero de1983 y el 31 de marzo de 1995, 538,71 semanas (fl118); iii) que el 10 abril de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., (fl 53) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 2.416.14 semanas (fl109)

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el mes de abril del año 1995, cuando se encontraba trabajando para COMPENSAR, la empresa realizó una alianza con PENSIONAR, para que sus empleados se afiliaran a dicho fondo privado, indicando que le realizaron una reunión con aproximadamente 40 a 45 personas, donde les explicaron que el Seguro Social se iba a acabar, que se podían pensionar antes, que si realizaban unos ahorros adicionales podría salir con mejor pensionados, que en caso de fallecimiento y estar afiliados al RPMPD, la pensión se perdería, mientras que en el RAIS, el ahorro que tuvieran, pasaría a la masa sucesoral, que no les explicaron un comparativo entre los dos regímenes para saber la forma en que se podrían pensionar, como tampoco los requisitos para poderse pensionar con el fondo privado, ni el método de financiación; que las reuniones eran a nivel general, que nunca le realizaron una asesoría particular y mucho menos preguntas sobre su situación pensional en particular, que el formulario de traslado lo diligenció entre ella y una persona de Talento Humano de la empresa, que nunca solicitó una asesoría adicional con SKANDIA S.A., que al momento de trasladarse de régimen no identificaba las diferencias para pensionarse, informa que quiso retornar a COLPENSIONES, cuando se enteró que en el fondo privado no se iba a pensionar tan bien como si se hubiese quedado en el Seguro Social, que se enteró de esta situación cuando la empresa para la que trabajaba la invitó a un curso de pre pensionados.

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 OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 DORIS FABIOLA SANCHEZ MUÑOZ, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando OLD MUTUAL SKANDIA 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 actora DORIS FABIOLA SANCHEZ MUÑOZ, el 10 abril de 1995.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer

para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de DORIS FABIOLA SANCHEZ MUÑOZ.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de SKANDIA S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ. sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser

entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Procede la Sala, revisar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en lo concerniente a la solicitud de reconocimiento de pensión de vejez conforme el artículo 33 de la ley 100 de 1993, vale precisar que 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 SKANDIA 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 SKANDIA 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 y quino la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **DORIS FABIOLA SANCHEZ MUÑOZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS 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 **ADMINISTRADORA DE FONDOS OLD MUTUAL SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Fíjense como agencias en derecho la suma de $1.000. 000.oo, 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 GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501420180018801

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ZOILA MARISOL REVELO MADROÑERO** 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 para actuar como apoderado de COLPENSIONES a la doctora Luz Sthephanie Díaz Trujillo en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 144 a 153

ANTECEDENTES

ZOILA MARISOL REVELO MADROÑERO, 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.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 05 de enero de 1968; que a la fecha de instaurada la demanda contaba con cincuenta (50) años de edad y mil ciento cincuenta y ocho (1.158) semanas de cotización (Según historial laboral de Protección), que se encontraba cotizando para obtener su pensión desde el mes de noviembre de 1993, aportes que inicialmente se realizaron al ISS ahora COLPENSIONES, que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, la demandante contaba con un (1) año de cotización y veintiséis (26) años de edad; en abril de 1998, la señora REVELO MADROÑERO, se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, manifestando que le informaron que se pensionaria a cualquier edad y que en caso de su fallecimiento, la pensión le quedaría a sus hijos y cónyuge, que no fue informada de las modalidades, ni los montos, ni la figura que se aplica a dicha pensión, que tampoco le advirtieron respecto a la posibilidad que tenia de retornar al RPMPD, dentro del año siguiente a la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003; que, nunca le informaron que podía regresar a RPMPD, antes de cumplir los 47 años de edad, por lo tanto, alega la demandante que en ningún tiempo fue asesorada debidamente, siendo persuadida por información errada sin ningún tipo de asesoría profesional en la materia que le permitiera tomar una adecuada decisión respecto a su cambio de régimen pensional.

Finalmente, afirmo que, mediante radicado No. 2017_11021078 del 18 de octubre de 2017, solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue negado por la entidad, mediante radicado No 2017_11021078-13068940 del 18 de octubre de 2017; que el 19 de octubre de 2017, radicó ante PROTECCIÓN S.A., solicitud de información sobre el traslado de régimen de pensiones, el cual respondieron a través de correo electrónico el 10 de octubre de 2017, informando sobre su historia, periodos de cotización y una orientación del traslado del fondo de pensiones al RPMPD, la cual no fue una respuesta de fondo. (folio – 27),

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.

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. 107).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.**, propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontanea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, reasesoria del 01 de noviembre de 2005, por parte de la AFP, PROTECCIÓN S.A., prescripción y genérica. (folios 82 a 102.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PROTECCION S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y, por lo tanto, siempre estuvo afiliada al RPMPDPD, con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ordenando a PROTECCION S.A., donde se encuentra vinculada actualmente la demandante a trasladar el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por gastos de administración. Declarando no aprobadas las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción 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 COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad, argumentando que el a quo, al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en el entendido que COLPENSIONES, es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la actora y PROTECCIÓN S.A., y en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo cual, la decisión adoptada por la juez, en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado, COLPENSIONES, no puede ser favorecida ni perjudicada por la misma, pues la entidad en nada tuvo que ver en la decisión tomada por la actora, por lo que solicita que no sea condenada a recibir a la actora como afiliada de nuevo a la RPMPD, ya que, con dicha decisión a la declaratoria de inexistencia se afecta el equilibrio financiero de la seguridad social en pensiones. Finalmente, solicita que, en caso de confirmar la decisión de Primer Grado, se ordene a las AFP demandada,

cancelar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados, en atención a la teoría del Derecho Civil, *"quien causa el daño, debe repararlo"*.

Por su parte 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 obrantes 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, manifiesta que no es procedente la devolución de estos dineros, ya que, se tratan de comisiones ya causadas, descuentos que se hicieron conforme a la ley.

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, PROTECCION, 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.

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 PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede cancelar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6. ° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 18 de octubre de 2017 (fl 8) y su respuesta el 18 de octubre de la misma anualidad (fl 10)

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 05 de enero de 1968 (fl. 2); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 09 de noviembre de 1993 y el 31 de diciembre de 1996, 162,57 semanas (fl. 107); iii) que el 19 de noviembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección, con fecha de efectividad desde el 01 de enero de 1997, (fl. 102) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1.667,57 semanas (fl. 98 al 102)

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PROTECCIÓN S.A, en el que indicó que su representada no contaba con prueba distinta al formulario de afiliación, con la que se pudiera demostrar que a la demandante se le brindó toda la información clara, completa, precisa y oportuna al momento del traslado del régimen de pensiones, por así mismo, afirmo que existe un documento en el que consta que la entidad realizó una reasesoria a la señora REVELO MADROÑERO, el cual milita a folio 92, pero que el mismo no se encuentra suscrito por la afiliada, y asevero que este fue enviado a la demandante a través de correo electrónico el 19 de noviembre de 2014, sin embargo, expresa que en dicho correo que reposa a folio 93 del expediente, no se observa archivo adjunto que contenga el formato de reasesoria, de igual manera, adujo que, es cierto que los asesores de PROTECCIÓN S.A., tienen la obligación de hacer firmar el formato de reasesoria y entregárselo al afiliado. Finalmente, el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., informo que, en el correo antes mencionado, se le comunicó a la afiliada sobre los posibles valores de mesadas pensionales, los cuales son arrojados por el sistema de PROTECCIÓN S.A., y deben dejarse sustentados con pruebas que respalden dichos valores.

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1998, cuando se encontraba trabajando para la empresa Biocol,

en Bogotá, el dueño de la empresa convoca a un asesor de PROTECCION S.A., quien les brinda una charla de 10 minutos a todos los empleados, afirma que en la reunión el asesor, les informa que les conviene trasladarse, porque el Seguro Social desaparecería y les aseguraron que en el fondo privado la pensión sería mejor, se podían pensionar antes y que en caso de fallecimiento de la afiliada, la pensión le quedaría al hijo para toda la vida, por lo tanto, firmó y la pasaron al fondo. Que es la empresa a través de la asistente de recursos humanos quien le brinda toda la información personal al fondo. Por otra parte, la afiliada manifiesto que con referencia a la reasesoria que indica el apoderado de PROTECCIÓN S.A., se le brindó en el año 2014, asegura que no fue una reasesoria, que únicamente recibió una llamada de un asesor en la que le informan que podía adquirir o afilarse a un plan voluntario de pensiones y así su pensión podría mejorar, dijo que aprovecho la llamada y solicito que la asesoran en cuanto al monto de pensión, no obstante, la información que le fue suministrada le genero muchas mas dudas de las que inicialmente tenía. Por ello, se acercó en enero de 2015, a una sede del fondo de PROTECCIÓN S.A., donde le informan que solo se puede pensionar con el SMLMV. Finalmente, la afiliada manifestó que no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse con COLPENSIONES y tampoco se acercó a una sede de dicha entidad para asesorarse.

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 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 ZOILA MARISOL REVELO MADROÑERO, 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.

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 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 actora a CESANTIAS Y PENSIONES COLMENA S.A. hoy PROTECCION S.A., el 19 de noviembre de 1996, la cual tuvo fecha de efectividad el 01 de enero de 1997, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la

afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de ZOILA MARISOL REVELO MADROÑERO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del RAIS por parte de PROTECCIÓN S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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 bien, sobre la solicitud de COLPENSIONES, para que se ordene a la AFP demandada, cancelar a COLPENSIONES los perjuicios económicos causados, en atención a la teoría del Derecho Civil, "*quien causa el daño, debe repararlo"*, es preciso señalar que la entidad podrá hacer uso de los mecanismos legales y judiciales existentes, pues bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que crea se le causaron, no habiendo sido objeto de discusión en el trascurso de esta actuación, siendo contrario a los principios de congruencia y consonancia.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 noviembre de 2021, por el Juzgado Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ZOILA MARISOL REVELO MADROÑERO** 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 COLPENSIONES y PROTECCION S.A. 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,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501520200018401

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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-pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recursos de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **HORACIO BENITEZ GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 35 vto. Al 37.

ANTECEDENTES

HORACIO BENITEZ GONZALEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., para que se declare que fue asesorado equivocadamente por PORVENIR S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a

PORVENIR S.A., trasladarlo a COLPENSIONES, junto con los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado y a contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS, 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, señaló que, nació el 7 de abril de 1957, que empezó a cotizar en el ISS, el 02 de agosto de 1990, que el 28 de junio de 2000, suscribió formulario de traslado con destino a la AFP PORVENIR S.A., manifestando que no fue asesorado o informado por ese fondo, de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones. Que el fondo privado no lo asesoró respecto al régimen que más le convenía, teniendo en cuenta entre otras cosas, su historia laboral, edad, tiempo que llevaba laborando y cotizando, no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual, para poder llegar a adquirir el derecho a una pensión y con qué monto, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad, o a la edad de pensión, o para mantener su mínimo vital, no le informó que no todo el aporte mensual que hiciera, iría a su cuenta individual, y que parte de este se destinaría al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el fondo de solidaridad pensional y cubrir el costo de administración del régimen; y como influiría esto en su pensión; no le informó sobre la posibilidad que tenía de tener que negociar el bono pensional entregado por el RPMPD, como consecuencia del traslado, para anticipar su pensión; no le informó sobre el derecho de retracto, ni en qué consistía; no le informó que el monto de su pensión en ese régimen se liquidaría teniendo en cuenta la expectativa de vida conjunta, tanto del afiliado como de sus beneficiarios; que al momento del traslado no le realizaron una proyección futura de su pensión, con las hipótesis que podría surgir en cada uno de los regímenes pensionales; no le informó sobre la tasa de reemplazo en relación con la pensión de vejez en el RAIS; no le informó sobre las condiciones requeridas en el RAIS, para pensionarse anticipadamente; que el fondo privado PORVENIR S.A., tenía a su cargo la responsabilidad de carácter profesional, que le imponía el deber de asesorarlo eficazmente, de manera rigurosa, transparente, adecuada y completa, con diligencia, prudencia, con respecto a la decisión de traslado de régimen.

Finalmente, afirmo que, el 10 de junio de 2010, presentó el formulario de vinculación o actualización del sistema general de pensiones, al Instituto de Seguros Sociales - ISS, con el radicado No. 017933, con el fin de solicitar el traslado del RAIS al RPMPD; el 15 de junio de 2010 el ISS, le indicó los trámites que debe llevar a cabo para el cambio de régimen según lo preceptuado en la sentencia C-1024 de 2004; el 17 de junio de 2010, PORVENIR S.A., le informa que no se procederá al traslado al RPMPD; con oficio No. DSC-CAYR-0457 del 11 de marzo de 2011 el ISS, le informó que registraba en sus bases de datos con traslado del régimen aprobado al SEGURO SOCIAL y le se solicitó actualizar los datos, enviando esta

información el 05 de abril de 2011; que al verificar una inconsistencia en los pagos reportados, solicitó la actualización correspondiente ante su empleador, considerando que llevaba más de un año con los descuentos al Instituto de Seguros Sociales y no aparecían reportados; PORVENIR S.A., mediante radicado No. 0103802026722200 de fecha 22 de marzo de 2012, indicó que la solicitud presentada el 10 de junio de 2010, fue rechazada y le aclaró que la afiliación a PORVENIR S.A., se encontraba vigente. Que Actualmente se encuentra vinculado y cotizando para pensiones en PORVENIR S.A. (fls. 42 y 62).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y 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 y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fl. 1 a 8).

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 genérica. (fls. 1 a 36).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por PORVENIR S.A., señalando como consecuencia de tal declaración a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obran en la cuenta de ahorro individual, junto con sus aportes y rendimientos; condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR todos los valores que le fueren trasladados, reactive la afiliación y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiere trasladado al RAIS, dada la consecuencia natural de esta ineficaz; declaró no demostradas las excepciones propuestas por las demandadas; sin costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada AFP PORVENIR S.A., presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicita que se revoque la sentencia de Primera Instancia, teniendo en cuenta que, no le asiste al a quo, la razón al declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional del actor, por falta al deber de información, cuando quedo demostrado que el demandante lo hace por el no cumplimiento de una mera expectativa pensional; arguye que la Administradora siempre se ciñó a la normativa vigente para la época, sobre el particular; que bastaba con el diligenciamiento del formulario de afiliación, pues este cumplía con los requisitos legales, y es prueba de la manifestación voluntaria, 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 del demandante, no existía exigencia adicional al diligenciamiento del formulario de afiliación; manifestó que el demandante si tenía conocimiento de las características del RAIS, de acuerdo a interrogatorio de parte, donde indico que, tenía claras las características y exigencias del régimen, donde permaneció por más de 20 años, tanto así, que espero 10 años para presentar la demanda, cuando en el año 2010, había solicitado el cambio de régimen del RAIS al RPMPD, época en la que ya se encontraba en la prohibición establecida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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 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 PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 10 de junio de 2010 y su respuesta el mismo día. (fls. 47 y 49).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 07 de abril de 1957 (fl. 27); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 2° de agosto de 1990 y el 31 de julio de 2000, 179,86 semanas (fl. 36 a 41); iii) que el 28 de junio de 2000, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PORVENIR S.A., con fecha de efectividad desde el 1° de agosto de 2000, (fl. 84-86 pdf) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP. (fl. 98 a 123 Archivo 47).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al demandante, quien informó que, para el mes de junio del año 2000, cuando se encontraba trabajando para la Fuerza Área Colombiana, llegó una representante de PORVENIR S.A., a su cubículo, quien le ofreció el traslado del ISS a PORVENIR S.A., que le dio a entender que el ISS, se estaba acabando y lo nuevo eran los fondos de pensiones, donde se iba a poder pensionar con menor edad, que el dinero iba a estar seguro, que iba a hacer un ahorro en el que iba a estar la pensión, que se podía cambiar de régimen en cualquier momento, indicó que como él no sabía absolutamente nada firmo la

afiliación, pensando que era algo buen para él y su familia, pero que nunca le brindaron una asesoría del ISS, ni de PORVENIR S.A., donde le presentaran una proyección económica, manifestó que se sintió engañado y estafado; Que desea regresar al RPMPD, porque un abogado en el año 2010, le dio a conocer unas sentencias que le permitían regresar al RPMPD, por lo tanto, comenzó a realizar los trámites. Que en el año 2010, el ISS, le acepto el traslado, sin embargo, las semanas cotizadas para esa época no le aparecían reportadas ni en el ISS ni en PORVENIR S.A., que es PORVENIR S.A., quien le impidió el traslado al ISS. Señaló que presentó la demanda en el 2020, porque es en ese tiempo que cumple los requisitos para solicitar la 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 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, dicho fondo, no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora HORACIO BENITEZ

GONZALEZ, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 el actor a PORVENIR S.A., el 28 de junio de 2000, la cual tuvo fecha de efectividad el 1° de agosto de 2000.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber

permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de HORACIO BENITEZ GONZALEZ.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

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 05 de octubre de 2021, por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **HORACIO BENITEZ GONZALEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **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 demandada PORVENIR S.A. 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,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310501820190035O-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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., PROTECCION S.A y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EDILBERTO NOVOA CAMARGO** 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.**

ANTECEDENTES

EDILBERTO NOVOA CAMARGO, 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, para que, se declare que las demandadas AFP PORVENIR S.A., y PROTECCION S.A., lo 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 ordene a PORVENIR S.A. a realizar todas las gestiones pertinentes para que se trasladen la totalidad de los valores que tiene en su cuenta de ahorro individual, así como se ordene a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad al demandante y proceda a corregir y actualizar la historia laboral, que declare para todos los efectos como única afiliación valida del señor NOVOA, la efectuada el 20 de noviembre de 1981 al RPMPM, que se condene al pago de las costas, gastos del proceso a las demandadas y demás condenas extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 25 de febrero de 1961; que, se afilió y efectuó cotizaciones al ISS, a partir del 20 de noviembre de 1981, que cotizó al RPMPM, un total de 861 semanas; que el 14 de mayo de 1998, cuando se encontraba trabajando en la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá, se trasladó del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES – Hoy COLPENSIONES al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante afiliación a DAVIVIR – HOY PROTECCION S.A., advierte que esa aparente decisión libre y voluntaria, no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte del fondo que lo recibió, por lo que manifiesta que no existió tal consentimiento de libertad y de voluntariedad, por la indebida y nula información que suministro el fondo privado al afiliado, alega un engaño por parte de la administradora por la falta al deber de información. Señala que el día 24 de octubre de 2003, realizó un traslado entre la administradora del RAIS de SANTANDER - HOY PROTECCION S.A a PORVENIR S.A., que, desde su afiliación al Régimen de Ahorro Individual, el 14 de mayo de 1998 hasta el 30 de abril de 2019, cotizó a ese régimen un total de 1.075 semanas, siendo su actual AFP PORVENIR S.A., y que, hasta el 30 de abril de 2019, ha cotizado al Sistema General de Pensiones con los dos Regímenes un total de 1.936 semanas.

Alega que los fondos demandados tenían la obligación de informar sobre el año de gracia que concedió el Artículo segundo de la Ley 797 de 2003, así como, la accionada PORVENIR S.A. debió informar antes del 25 de febrero de 2013, sobre la imposibilidad de trasladarse de Régimen cuando le faltaren diez años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión, conforme lo establece el Artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Arguye que, la demandada PORVENIR S.A., informó al actor, que su pensión de vejez en el RAIS, estaría en un valor de $ 1.502.440, como mesada pensional para el año 2023, fecha en la que cumple los 62 años de edad, pero que conforme a la Historia Laboral expedida por PORVENIR S.A., pudo establecer que, con un Ingreso Base de Liquidación - IBL para el año 2023 de $ 6.875.486, suma que le aplicó la tasa de reemplazo del 76.34%, arrojó para esa anualidad una mesada pensional en Colpensiones de $ 5.248.746., por lo tanto, solicitó a las demandadas, la nulidad de su afiliación y traslado al RPMPM, petición que fue resuelta de manera negativa.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, 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 error sobre un punto de derecho no vicia en consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica. (fls. 140-141).

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 genérica (fls. 182 a 184).

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. (fls.195 CD).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2020, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante, al RAIS, suscrito el 14 de mayo de 1998, en consecuencia, declaró que el demandante nunca se traslado al RAIS y, por lo tanto, siempre permaneció en el RPMPM. Ordenó a PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual; cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento en que se realice el traslado de los aportes, sin efectuar deducción alguna; así como las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, desde el momento en que se surtió el traslado de régimen y por ende, la afiliación a cada uno de dichos fondos, hasta que se realice el traslado de los aportes dispuestos, que, COLPENSIONES reciba dichos recursos,

reactive la afiliación del demandante y actualice y corrija la historia laboral; sin condena en costas para las demandadas. (fl. 202).

RECURSO DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumentó que, el demandante se encuentra dentro de la prohibición del literal e, articulo 2 de la ley 797 de 2003, 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. A su vez, alega que el demandante no demostró durante el proceso falencias o coacción sobre la escogencia del régimen pensional. Indicó que la decisión de primera instancia afecta el principio de sostenibilidad financiera pues afectan los principios de igualdad y equidad de quienes realmente han efectuado debidamente las cotizaciones ante COLPENSIONES, al otorgar una ineficacia de traslado a pesar de estar inmerso el demandante bajo la previsión legal de la ley 797 de 2003.

Solicita que se estudie el fallo con el propósito que no sea minados los principios de estabilidad del sistema pensional y no se genere un desconocimiento a la autonomía de la voluntad, la libre escogencia de régimen y que se absuelva a COLPENSIONES.

Por su parte 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, pues, los mismos se realizaron en cumplimiento de un deber legal, que esa Administradora, realizó un manejo adecuado de los recursos obrantes 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. Señala, que el dinero de los aportes y rendimientos fueron trasladados al fondo privado donde se encuentra afiliado actualmente el actor, por lo tanto, con el fallo de primera instancia, se estarían constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES y el demandante, por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez. Finalmente, alega que con la condena de primera instancia PROTECCION S.A., tendría que responder con el patrimonio propio por los gastos de administración, siendo esta una condena en perjuicios que no fue asumida dentro del litigio del proceso, por

lo cual, solicita que única y exclusivamente se trasladen los aportes y no los valores de los descuentos efectuados por gastos de administración.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A**, expone que su recurso de apelación es en contra de la totalidad del fallo de primera instancia, argumentando que, no es posible dar aplicación automática a la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre la nulidad o ineficacia del traslado, para hacer automático el traslado de la carga de la prueba, ya que, no es suficiente acoger una línea jurisprudencial frente a los mismos supuestos y pretensiones, sino que debe soportar los mismos hechos facticos, y que, las sentencias en los que el a quo se soportó para motivar la decisión de primera instancia no encajan desde el aspecto factico, en el caso en estudio, ya que, este no logró demostrar un perjuicio pensional causado con el traslado, situación que indica que si se demostró en los fallos de la línea jurisprudencial en las que se apoyo la juez.

Indicó, que la condena sobre la devolución de gastos de administración, desconoce el concepto emitido por la Superintendencia Financiera del 17 de enero de 2020, el cual establece que en los casos de ineficacia, traslado y condenas no puede hacerse devolución de los gastos de administración porque, la administradora, no solo se limita a su gestión sino también al pago de aseguradoras, beneficios de los cuales el afiliado estuvo cobijado durante todo el tiempo de la afiliación, por lo tanto, son dineros que ya no son parte de la administradora, lo que conlleva una afectación del patrimonio económico.

Solicita, se estudie la excepción de prescripción frente a los gastos de administración, pues si bien es cierto, los argumentos de la prescripción van enfocados a proteger el derecho de la pensión, solicita que sean enfocados en los gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

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 confirme en su integridad la sentencia porque se demostró la violación directa y sustancial del principio de buena fe, además menciona que el articulo 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 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 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 PROTECCIÓN S.A, cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración. Iv) es procedente excepción de prescripción frente a los gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 22 de marzo de 2019 (Fols 110 - 120) y su respuesta el 22 de marzo de la misma anualidad (F°121)

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 25 de febrero de 1961 (fl. 41); ii) cotizó en la secretaría de Bogotá distrito capital y el extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de agosto de 1986 y el 31 de mayo de 1998, 324,14 semanas (fl. 42 - 50); iii) que el 14 de mayo de 1998, se trasladó al RAIS con el fondo ING hoy Protección S.A., (fl. 83). Posteriormente, se trasladó a Porvenir S.A. el 24 de octubre de 2003, con fecha de efectivad 1°. de diciembre de 2003, (fl187), administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, con un total de 1,927 semanas según da cuenta la historia laboral visible a (fl. 70 - 83).

Igualmente, dentro del curso del proceso, se absolvió interrogatorio de parte, al demandante, informó que, cuando se encontraba trabajando en la Secretaría Distrital de Educación de Bogotá, una asesora de Davivir, entidad que pertenecía a Davivienda, banco donde le consignaban el salario mensual, lo abordo y le manifestó que se encontraban en la entidad por lo que había pasado con la Caja de Previsión Social y que esa misma situación podía suceder con el ISS, por la crisis económica que se vivía en el momento, por lo que podía perder el tiempo cotizado en el ISS, si esa entidad se declaraba en quiebra y que nadie le iba a poder responder, pero que si se trasladaba al fondo privado con Davivir, esta le iba a dar garantías para que no existiera ningún traumatismo y que ellos harían la tarea de ponerle a salvo todo lo cotizado; Por otra parte, informó que se enteró de las diferencias que había entre un régimen y otro en el año 2018, cuando una

amiga que se ganaba $6.000.000 mensuales, la liquidaron con una pensión de $ 1.500.000 en el fondo donde él se encontraba afiliado y ahí empezó averiguar las posibilidades de regresar al RPM. Además, contó que, en el año 2003, se trasladó al fondo privado PORVENIR S.A., ya que, fue abordado nuevamente por otra asesora quien le brindó información en cuanto a la diferencia de los fondos, que se veía que era una persona que tenía buen manejo del tema de pensiones y le dio confianza, quien le manifestó que Davivir, ya no existía porque pertenecía al banco Santander, el cual era de España, por lo tanto, no conocían el comportamiento económico del estado colombiano.

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 ING 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 el señor EDILBERTO NOVOA CAMARGO, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando la 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 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 el actor a ING hoy PROTECCION S.A., el 14 de mayo de 1998, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL,

9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de EDILBERTO NOVOA CAMARGO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte DE PORVENIR S.A.,

tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

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 los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 27 de enero de 2020, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **EDILBERTO NOVOA CAMARGO** 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.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.** 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

GM

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

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 11001310502020180051 2-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE – Compañera permanente.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **DOLLY YANIRA CALDERON MAHECHA** identificada con **C.C. No. 41.530.282** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES al doctor Gustavo Enrique Martinez González en los términos y para los efectos del poder obrantes a de folios 20 al 26.

ANTECEDENTES

El apoderado de la parte demandante, pretende que se declare que la señora DOLLY YANIRA CALDERÓN MAHECHA es beneficiaria de la pensión de sobreviviente por el fallecimiento del causante JOSÉ IGNACIO CHACÓN CAMACHO (Q.E.P.D.), en consecuencia se ordene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobreviviente a favor de la actora, así como el retroactivo pensional desde el 24 de junio de 2017, igualmente que se le debe pagar los intereses moratorios desde que las obligaciones se hicieron exigibles y hasta que se satisfaga, igualmente se condene a las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, que la señora DOLLY YANIRA CALDERÓN MAHECHA convivió en unión marital de hecho con el señor IGNACIO CHACÓN CAMACHO (Q.E.P.D.) desde el año 1970 hasta 1995, producto de dicha unión tuvieron

3 hijos, que la terminación del vínculo marital obedeció a razones personales en octubre de 1995; posteriormente la demandante contrae matrimonio con el señor Rosemberg Anaya Díaz el 25 de junio de 1999, de esta unión no se procrearon hijos, esta última relación finalizo en enero de 2010, ante las dificultades de convivencia. Entonces la demandante regresa con el padre de sus hijos, liquidando la sociedad conyugal con el señor Rosemberg Anata Díaz el 7 de septiembre de 2013.

Dentro de los hechos menciona que la señora DOLLY YANIRA CALDERÓN MAHECHA volvió a convivir en el señor IGNACIO CHACÓN CAMACHO (Q.E.P.D.), desde el 23 de mayo de 2011 al 24 de junio de 2017, tiempo en el cual compartieron techo, lecho y mesa; desde el 2013, la actora es beneficiaria del sistema de salud del causante; que mediante la Resolución 4634 de 2009 Colpensiones reconoció la pensión a favor del señor IGNACIO CHACÓN CAMACHO (Q.E.P.D.), que la demandante estuvo hasta el día del fallecimiento del *cujus* brindándole su apoyo, con ocasión del fallecimiento el 24 de junio de 2017, la actora presentó ante COLPENSIONES solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente, mediante resolución SUB 151751 del 9 de agosto de 2017, negó la solicitud, contra dicha decisión presentaron recurso de reposición y en subsidio de apelación, la cual se resolvió a través de resolución No 198988 del 19 de septiembre de 2017, confirmando en todo la decisión adoptada en la resolución SUB 151751, y en la resolución DIR 17114 del 4 de octubre de 2017, resolvió la apelación, con lo cual queda debidamente agotada la reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada, LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**,** dio contestación oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frentea los hechos expuso no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con el reconocimiento de la pensión de vejez y el fallecimiento del causante, y lo tocante con el trámite del reconocimiento de la sustitución pensional. Asi mismo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, planteó las excepciones inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del derecho al reconocimiento y pago de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2020, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

> *"**PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la señora **DOLLY YANIRA CALDERON MAHECHA**, conforme las consideraciones de la parte motivan.*

SEGUNDO: CONDENAR *en costas a cargo de la parte demandante. Tásense por secretaria, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio SMMLV.*

TERCERO: *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase al H. Tribunal Superior para que se surta el Grado Jurisdiccional de consulta."*

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, la apoderada de la parte demandante insistió en que se modifique la sentencia de primera instancia y se pague la pensión de sobrevivientes ya que si se constataron los 5 años de convivencia previos al fallecimiento del afiliado. Entre tanto, COLPENSIONES, solicitó su exoneración dado que en la investigación administrativa no se logró demostrar los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante por ende el fondo afirma que actuó en estricto sentido del derecho.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará si hay lugar al derecho de la pensión sustitutiva a favor de la demandante, como compañera permanente, con ocasión del fallecimiento del señor CHACÓN CAAMCHO (Q.E.P.D.), si se debe pagar los intereses moratorios y que se condene el pago de las costas del proceso a la demandada.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES – SUSTITUCIÓN PENSIONAL

Con la forma asertiva como fue contestada la demanda por parte de COLPENSIONES, así como con la extensa documental que reposa en el informativo, se tiene plenamente establecido que al señor JOSÉ IGNACIO CHACÓN CAMCHO (Q.E.P.D.), le fue concedida la pensión de vejez por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, así como el hecho de su fallecimiento, el 7 de septiembre de 2013, 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 47 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 47 de la Ley 100 de 1993, consagra:

"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 de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de

edad. En el caso en que la pensión de sobrevivientes 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) (…)

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 de 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.”*** *(negrillas fuera de texto y corresponde a la parte de la norma analizada por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1035 de 2008 declarándolo exequible condicionalmente en el entendido que además del esposo o la esposa, 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).”(…)*

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

Aclarado lo anterior, con el fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la convivencia, relieva la Sala que el análisis de las

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

pruebas se encuentra de conformidad apreciadas.

De las pruebas recaudas al interior del proceso objeto de análisis, todas ellas valoradas en su conjunto, confirman que el análisis realizado por el Juzgado de Primera Instancia, se encuentra acordé con la realidad procesal, pues de los testimonios no se puede determinar con precisión el momento exacto en el cual la demandante y el causante entraron nuevamente en convivencia, Ahora, finalmente, en esas declaraciones extra juicio, tenemos la número 2846 del 5 de julio del año 2017 también estaba rendida por el señor Rubén Darío Monroy García y Juan de Dios Giraldo Orozco ante la notaría cuarta del círculo de Villavicencio mediante las declaraciones 2810 y 2844 y 2846 del 4 de julio del 2017, que indicaron que conocieron de vida y trato al señor JOSÉ IGNACIO CHACÓN CAMACHO (Q.E.P.D), desde hace 5 años esto dicho en el año 2017, es decir, que los conocieron desde el año 2012 y que les constaba que convivieron bajo el vínculo de matrimonio desde el primero de agosto del 2012 con la señora DOLLY YANIRA CALDERÓN. Sin embargo, un mes más tarde, el 22 de agosto del 2017, desconociendo el juramento, declaración rendida ante notario, manifestaron al unísono los testigos que le costaba que la pareja convivieron en Unión marital de más de 6 años. Así quedó en las declaraciones rendidas ante el mismo notario Cuarto del círculo de Villavicencio, declaraciones números 3562 y 3560 documentos vista folio 35 a 38.

Situación que, en la declaración bajo juramento ante el juez de primera instancia, pretendieron ratificar, frente a las inconsistencias en las fechas, no solo no pudieron dar las justificaciones de la contrariedad en su declaración, sino que, por el contrario, el señor Juan de Dios Giraldo Orozco señaló que le costaba que la pareja Convivía desde el año 2010, es decir, otra fecha a las dos declaraciones extra, juicio ya referida Por su parte, el señor Rubén Darío Monroy, afirmo recordar que conoció a la pareja desde el primero de agosto del 2011, fecha que recuerda porque le dio una rellena, pero al referirse a su contrariedad en la primera declaración solo pudo señalar que no sabe y no recuerda las fechas precisas. También indicaron que desde esa fecha que dicen ellos convivieron, el causante, vivió permanentemente en la ciudad de Villavicencio, es decir, desde el año 2010 o 2011, según el caso, según la contradicción hasta al año 2017.

Por otra parte, la señora DOLLY YANIRA CALDERÓN MAHECHA en interrogatorio de parte, señaló que el SEÑOR JOSÉ IGNACIO CHACÓN (Q.E.P.D), vivió todo el tiempo en Bogotá y un tiempo en Villavicencio y categóricamente señaló que no sabía si vivía en otro lugar porque él siempre fue reservado.

Además, se tiene que la demandante termino legalmente la sociedad conyugal que tenía con una persona diferente al causante señor Rosemberg, el 7 de septiembre de 2013**,** conllevando ello que solamente se podría empezar a contabilizar una convivencia entre la demandante el causante después del 7 de septiembre del 2013, que con anterioridad a esa fecha la actora se encontraba casada con el señor Rosemberg, así las cosas al contabilizar una posible convivencia sería de septiembre de 2013 al 24 de junio de 2017, es decir 3 años y 9 meses, por ende no se acreditó la convivencia de los 5 años que exige la norma precitada en líneas.

También se encuentra en el expediente administrativo de COLPENSIONES. que el señor JOSÉ IGNACIO CHACÓN CAMACHO (Q.E.P.D.), en el año 2012 y parte del año 2013, residía en el municipio de Flandes, Tolima, en el conjunto portal de Rubí, Casa 1. Manzana 1. y cobraba su pensión en Girardot, pues esto se lo comunicó al Instituto de Seguros Sociales en la novedad que existe en el expediente administrativo. Mediante comunicación y las respuestas del Instituto del Seguro Social, del traslado de su pensión a dicha residencia. Además, dentro del expediente el causante tenía como compañera permanente para esa data, es decir, en el año 2012, a la Sra. Elda Cruz Gil. Pues así aparece afiliada como beneficiaria, como compañera permanente de acuerdo al formulario de afiliación de la nueva EPS y la comunicación que le hiciera él mismo, a la EPS en el año 2012.

Además del contenido de la prueba testimonial que nos acredite la convivencia completa durante los últimos 5 años antes del fallecimiento, en la diligencia se infiere que en fecha posterior al año 2013, el señor JOSÉ IGNACIO CHACÓN (Q.E.P.D.), sí se fue a vivir a Villavicencio con la demandante, no se sabe en qué fecha, ni tampoco se puede comprobar que dicha convivencia se hubiera dado antes del año del año 2013, pues fue posteriormente cuando el Seguro Social le remitió ya las comunicaciones a esa ciudad por el traslado que hicieron.

Así las cosas, al no encontrarse acreditada la convivencia efectiva y real de la demandante con el causante[2] entre el 23 de mayo de 2011 al 24 de junio de 2017, fallecimiento del causante, es del caso confirmar la sentencia de primera instancia.

DE LOS INETRESES MORATORIOS

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé una sanción en contra de la administradora de pensiones, que incurra en mora frente al pago de las mesadas pensionales, sea esto por el reconocimiento tardío de la prestación cuando preexiste el derecho, o porque sencillamente se sustrae de la obligación de pago, y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, establece el plazo máximo de cuatro (4) meses a partir de la radicación de la solicitud con la correspondiente documentación que acredite el derecho.

De acuerdo con lo dicho, es claro que si el afiliado realiza la solicitud con la

---

[2] Recuérdese que conforme a los principios de libre formación del convencimiento y de persuasión racional, el juez en asuntos del trabajo y de la seguridad social goza de libertad para apreciar, analizar y preferir las pruebas que le resulten más convincentes, pues no está sometido a la tarifa legal, salvo que se trate de hechos cuya acreditación requiera de prueba solemne pues, en tal caso no se admitirá otro medio diferente. Así lo tiene definido de antaño esta Corporación, en línea pacífica, no modificada y recientemente reiterada entre otras en la sentencia CSJ SL223-2020, en la que adoctrinó: *"De todos modos, lo que hizo el ad quem fue darle mayor preponderancia a la apreciación conjunta de los demás medios de convicción, libertad de valoración que de ninguna manera puede tornarse arbitraria, pues si bien el artículo 60 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social le impone a los juzgadores de instancia la obligación de analizar todas las pruebas allegadas en tiempo, también lo es que están facultados para darle preferencia a aquellas que le brinden una mayor convicción, sin sujeción a tarifa legal alguna, salvo cuando la ley exija determinada solemnidad ad sustantiam actus, evento en el cual «no se podrá admitir su prueba por otro medio» situación que no acontece en el sub lite. En este punto, cabe recordar que conforme al artículo 61 ibidem, los jueces de instancia gozan de la facultad de analizar libremente los medios de convicción para formar su convencimiento acerca de los hechos controvertidos, con fundamento en las pruebas que más los induzcan a hallar la verdad, salvo que, como se dijo, sus apreciaciones se alejen de la lógica de lo razonable o atenten marcadamente contra la evidencia. Luego, la Corte no puede invadir y contraponer su propio criterio valorativo al de los juzgadores, pues de hacerlo, incurriría en una violación al ámbito de libertad de apreciación que el orden jurídico les otorga.*" (CSJ sentencia SL 589-2020 del 26 de febrero de 2020, radicado 75490 M.P Dra Jimena Isabel Godoy Fajardo)

documentación que acredite el derecho y la entidad encargada de reconocer la prestación no lo hace en el término indicado, incurre en mora, por lo que entonces surge la obligación de reconocer los intereses moratorios, salvo cuando la decisión de la entidad encuentre plena justificación, bien porque tenga respaldo normativo, 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 ajustarlas 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 (CSJ SL787-2013, rad.43602 del 6 de noviembre de 2013).

En el presente asunto, frente al tema de los intereses moratorios, no encuentra esta Sala motivos para condenar al pago de los intereses a la entidad demandada, ante el hecho de que se confirma la sentencia de primera instancia al no concurrir los requisitos para conceder la sustitución pensional, como se explicó en líneas precedente.

Sin más consideraciones, se confirma la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta, conforme a lo expuesto en la parte motiva. Sin condena en costas, dadas las resultas del proceso.

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 11 de noviembre de 2020, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por DOLLY YANIRA CALDERON MAHECHA, en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme las razones expuestas en la parte motivan de esta providencia.

SEGUNDA: SIN COSTAS en esta instancia y se confirman las de primera instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE
Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502320210001 5-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LEONOR GARCIA TAMAYO** 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 COLPENSIONES al doctor Javier Ramiro Castellanos Sanabria en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 55 al 62; asimismo se reconoce personería adjetiva a la Doctora Jeimmy Carolina Buitrago Peralta, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 39 al 52.

ANTECEDENTES

LEONOR GARCIA TAMAYO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que se declare que fue asesorada equivocadamente por COLFONDOS S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a COLFONDOS S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con la totalidad del capital de ahorro individual, incluidos los rendimientos, cuotas

de administración y demás descuentos realizados, que se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y lo extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 28 de noviembre de 1967, que ha cotizado al Sistema General de Pensiones desde julio de 1989, que se afilió al RAIS con COLFONDOS S.A. en el año 1994, quien al momento de la afiliación no le explicó que era el RPMPD y que era el RAIS, que de acuerdo a respuesta dada por COLFONDOS, en comunicado del 21 de diciembre de 2020, no existe formulario de afiliación, indicó que le informaron que era obligatoria la vinculación con COLFONDOS S.A., ya que el Instituto de Seguro Social se iba acabar y debía escoger ese fondo privado para evitar que se perdieran las cotizaciones ya realizadas, que no tiene soporte que indique que haya recibido asesoría cierta, suficiente y oportuna, que no le explicaron la diferencia, los términos, ni la permanencia de los regímenes pensionales, que de acuerdo a lo informado por COLFONDOS, en comunicado del 21 de diciembre de 2020, informa que la fecha de suscripción del formulario fue el 6 de mayo de 1994, concluyendo que dicha administradora de pensiones no respeto el termino de permanencia de los 3 años para la fecha de vinculación, el cual exigía la ley 100 de 1993 y en el Decreto 692 de 1993, que COLFONDOS, no le informó ni le explicó el término de retracto ni en la vinculación ni durante la relación contractual, que le orientó que la mejor opción para pensionarse era estar vinculada al RAIS, toda vez que el fondo público tendía a desaparecer, que COLFONDOS no desplego su deber profesional de cuidado e información, ni al momento de la afiliación ni durante la vinculación, no le explicó y omitió la opción que tenía de trasladarse a COLPENSIONES y que su pensión en el RPMPD, iba ser mejor al que le ofrece el fondo privado, que la AFP, no le informó ni explicó que la pensión con dicho fondo es variable, ni el por qué ni el cómo podría variar, indica que carece de validez y de eficacia la afiliación realizada a COLFONDOS, teniendo en cuenta que dicha entidad no cumplió con su deber de información y buen consejo al momento de la afiliación y durante la vinculación que se encuentra activa, que omitió el deber de asesorar en debida forma; como producto de la falta y omisión de asesoría, dan trámite a la afiliación y traslado de AFP, sin que fuera conocedora de los riesgos que dicha decisión implicaba, incumpliendo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. Que no le notificaron, ni le informaron antes del 27 de noviembre 2014, fecha para la cual estaría inmersa en la prohibición de los 10 años para pensionarse, que debía trasladarse al RPMPD, ni que este último régimen le convenía más para obtener el derecho a una mejor pensión, responsabilidad esta que se encuentra en cabeza en dicha administradora siendo el fondo que la recibió y el cual se encontraba afiliada en el 2014, época en la cual la demandante estaba próxima a cumplir los 47 años de edad, Que omitió información que podía tener en cuenta para pasarse y retornar al RPMPD, lo que conllevo a un error que afecto la formación de la voluntad para la toma de decisiones informadas, señaló que el promedio base de cotización es superior a los 4 SMMLV, valor que influye en el

porcentaje de su mesada pensional en RPMPD, frente a las desmejoras económicas del RAIS, en cabeza de las AFP, demandada incumpliendo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994. Que COLFONDOS, a través de comunicado del 21 de diciembre de 2020, le informó que presentaba un conflicto masivo de multiafiliación, el cual se dirimió en favor del fondo privado, sin que le fuera informado o notificado, ni por parte de dicha administradora, ni por parte de COLPENSIONES, que no se tuvo en cuenta su opinión y menos su voluntad y no pudo manifestar si estaba de acuerdo o no con la decisión adoptada por las administradoras en el proceso de definición de su situación de múltiple vinculación, todo esto en contravía a lo establecido en el artículo 10, numeral 2, del decreto 3995 del año 2008, que no se había percatado de esta situación solo hasta el año 2020, cuando solicitó un cálculo comparativo pensional entre los dos regímenes a COLFONDOS, negándose a realizar el comparativo con el RPMPD, bajo un argumento no legal, absteniéndose del deber de información que le asiste a COLFONDOS desde la creación de la ley 100 y la normatividad vigente, evidenciando de esta manera su falta del deber de asesoría en materia pensional una vez más.

Finalmente, afirmo que solicitó el traslado de régimen tanto a COLPENSIONES como a COLFONDOS y fe negada por las respectivas entidades, bajo el argumento que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse. (fls. 6 a 72).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS 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 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, 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 e innominada o genérica. (fls. 1 a 17).

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 régimen de ahorro individual con solidaridad,

ratificación de la actora al régimen de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (Fls. 1 a 20).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, ante COLFONDOS S.A., condenó COLFONDOS S.A., devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional, dineros que se deben devolver de manera indexada desde la fecha de su causación hasta la fecha de pago; declaró que para efectos pensionales la demandante se encuentra afiliada al RPMPD, hoy administrado por COLPENSIONES; declaró no probada las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

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

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia, en contra del numeral segundo, argumentando que los gastos de administración que se descontaron periódicamente de la cuenta pensional de la demandante, están plenamente autorizados por la ley y son la compensación económica que recibe el fondo de pensiones por las gestión de administración, la cual tiene como principal consecuencia la acusación de rendimientos financieros, que de no haber estado la demandante en COLFONDOS S.A., no se hubiesen causado en el RPMPD, que eso rendimientos financieros duplican el valor de aportes pensionales que ha realizado la demandante durante todo el tiempo que ha estado afiliada a COLFONDOS S.A., siendo evidente la contribución y capitalización ostensible de la cuenta pensional de la demandante.

Por otra parte, indicó que un porcentaje de los gastos de administración, está destinado a la financiación y pago de los seguros de invalidez y muerte, situación que le permitió a la demandante estar cubierta por estos seguros durante el tiempo se su afiliación al fondo privado e informa que dichos pagos, ya fueron realizados por COLFONDOS S.A., a las aseguradoras

correspondientes, quienes son terceros de buena fe, ajenos a este conflicto, por lo tanto, estos dineros ya no están en el patrimonio de la entidad, alegando que no es jurídicamente viable que COLFONDOS S.A., retorne esos gastos de administración. Solicita que debe tenerse en cuenta que esos gastos de administración que corresponden al 3%, también se descuentan en el RPMPD y tienen la misma financiación y destinación que en el RAIS, por lo que no se estaría generando un enriquecimiento a COLFONDOS S.A., o detrimento al patrimonio de COLPENSIONES.

En cuanto a la condena de indexación, consideró que es excesiva, ya que, esos gastos de administración están plenamente autorizados por la ley y que con la orden de retornar los saldos de la cuenta pensional, junto con los rendimientos financieros causados, se estaría compensando la pérdida del poder adquisitivo de esos gastos de administración que descontó COLFONDOS S.A., imponiendo una doble condena a la entidad, al ordenar retornar los gastos de administración, los rendimientos financieros y adicionalmente, a indexar dichas sumas de dinero hasta la fecha efectiva de cumplimiento de la sentencia.

Por su parte la **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación contra la sentencia y solicitó que se absuelva a la entidad, indicando que no comparte el análisis efectuado por el a quo, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien manifestó que todo el trámite de vinculación se efectuó directamente por parte de la oficina de recursos humanos de COLFONDOS S.A., quien en ese momento era su empleador, que inicia este proceso en razón a la información que le había brindado su apoderada, arguye la apoderada que la demandante fue negligente frente a conocer su situación pensional, pues solo hasta los últimos años es que se interesó de su situación pensional y los requisitos de pensión, por lo que, no se puede alegar una falta de información y que la demandante cree que en COLPNSIONES, va a tener unos mejores beneficios, como se lo han indicado terceros, pues COLPENSIONES, no ha emitido ningún tipo de pronunciamiento al respecto.

Además, expresa que si bien es cierto, el juez en sus consideraciones manifestó que la devolución de los aportes por parte de COLFONDOS S.A., va a salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, indica que esta manifestación no tiene acreditación, pues las cotizaciones de la demandante van a ir a una cuenta común que está destinada a todos los afiliados del RPMPD y no a una cuenta individual, por lo que es claro que las cotizaciones realizadas por ella no van a financiar su pensión y es ahí donde se presenta la descapitalización del fondo, desconociendo el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicito la revocación del fallo en cuanto a que la entidad no puede resultar perjudicada por las consecuencias jurídicas que trajo consigo la suscripción del contrato de vinculación entre la actora y la AFP COLFONDOS S.A., situación que se presentaría en caso de declarar que se debe tener a la demandante como afiliada al RPM a pesar que, tal como se señaló se encuentra inmersa en una prohibición legal de traslado. Así mismo, la teoría del daño manifiesta que quien lo causa es quien debe repararlo, por ende, no es COLPENSIONES quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información en la que incurrió el fondo demandado, sino por el contrario deberá ser el fondo que efectuó el traslado entre regímenes, quien entre a responder por cualquier perjuicio generado, tal como se señala en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994

Entre tanto COLFONDOS, peticiona que se revoque la sentencia en primera instancia y de no ser así que se le absuelva de realizar 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 esto en razón a que no se demuestra que, desde la vinculación con el fondo hasta la actualidad, la demandante no pudiese vivir dignamente, ni que a causa de esto se haya deteriorado su relación con sus familiares y amigos, y mucho menos que haya sufrido daños morales, psicológicos y físicos, a causa de la vinculación libre y voluntaria.

Por último la parte actora, requiere que se confirme la sentencia en cuanto fue ajustada en derecho, además de ello que no existe ni siquiera formulario de afiliación es decir no cuenta con la prueba.

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 la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6. ° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 04 de diciembre de 2020 (fl. 6 CD 1) y su respuesta el 03 de marzo de la misma anualidad (fl. 66 y 67 CD 1).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 28 de noviembre de 1967 (fl. 1 cd 1); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 21 de noviembre de

1986 y el 31 de diciembre de 1994, 323,00 semanas (flsº. 1 – 4 CD 2 historia Laboral); iii) que el 14 de abril de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLNFONDOS, con fecha de efectividad desde el 1. ° mayo del 1994, (fl- 96) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la parte actora.

Absolvió interrogatorio de parte el apoderado de COLFONDOS S.A., quien informó que, no le consta ninguna circunstancia de tiempo, modo y lugar del traslado de la afiliada, pues no cuenta con documentos que soporten la información de la asesoría brindada a la demandante, porque para ese entonces la misma se realizaba de forma verbal y además, COLFONDOS S.A., no cuenta con el formulario de vinculación de traslado, ya que, el mismo se encuentra extraviado, por lo tanto, se realizó la respectiva denuncia de pérdida del documento. Indicó que no obra documento que registre que COLFONDOS S.A., le comunicara a la afiliada la posibilidad de trasladarse de régimen antes de cumplir los 47 años de edad, que tampoco tiene soporte de que se le haya notificado a la afiliada el conflicto de multivinculación que se había presentado.

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1994, cuando se encontraba trabajando para COLFONDOS S.A., como analista programadora, le indicaron que el ISS, se iba a acabar, por lo tanto, le entregaron las afiliaciones a la seguridad social, quedando vinculada a pensión y salud, que no le preguntaron si quería o no, no la asesoraron, no le brindaron ninguna información, que simplemente le dijeron que eran los documentos para un contrato laboral, que para ese momento no firmo ningún formulario de afiliación, únicamente el contrato laboral, que posteriormente en los desprendibles de nómina se dio cuenta que estaba vinculada a COLFONDOS S.A., indicó que nunca se acercó al fondo privado a solicitar asesoría, que hace 2 años se preocupó por averiguar sobre su pensión y se dio cuenta de varias cosas, por lo que solicitó asesoría de una abogada, ya que COLFONDOS S.A., nunca le brindo ninguna asesoría, solo hasta después de que interpuso la demanda, es que la empezó a contactar. Afirma, que se siente engañada por parte del fondo privado, porque se dio cuenta que en el RPMPD, puede obtener mayores beneficios, como una mayor mesada 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 estaba COLFONDOS 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 LEONOR GARCIA TAMAYO, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS S.A., el 14 de abril de 1994, la cual tuvo fecha de efectividad el 1. ° mayo del 1994, es ineficaz.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen,

en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de LEONOR GARCIA TAMAYO.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 22 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **LEONOR GARCIA TAMAYO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. 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,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502620190070001

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 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 2021 por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PILAR ADRIANA DUARTE TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 109 vto al 111 vto.

ANTECEDENTES

PILAR ADRIANA DUARTE TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS., 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 fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, inicio su vida laboral el mes de julio de 1983, afiliándose a los riesgos de invalides, pensión de vejez y muerte al ISS hoy COLPENSIONES, hasta mayo de 1998.

Indica que mayo del 1998, la visito un asesor comercial de COLFONDOS S.A., el que le manifestó que si se afiliaba a dicha entidad su pensión iba a mejorar, así mismo manifiesta que el asesor no le entregó una información real, completa, clara y comprensible acerca de las consecuencias y los beneficios reales de trasladarse del RPMPD al RAIS y que tampoco se le realizo un estudio donde se le indicara sus proyecciones pensionales en el fondo privado, tampoco le informaron acerca de la posibilidad que tenía retornar al RPMPD, razón por la cual solicitó a COLPENSIONES, su retornó al RPM, sin obtener una respuesta favorable al respecto (fl. 10). Y que en razón a la negativa de COLPENSIONES decide asesorarse y le ponen de presente que como quiera que para la fecha o1 de abril de 1994, no contaba con más de 11 años de servicio, no le pueden ser aplicadas las sentencia C-780 de 2002, C- 1024 de 2004 y SU 062 de 2010 proferidas por la Corte Constitucional.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificada en legal forma la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, dio 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. propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad d ellos actos administrativos. (fl. 80-83)

Así mismo notificado en legal forma COLFONDOS S.A., dio contestación, allanándose a las prestaciones encaminadas a que se declarare la nulidad y/o ineficiencia del traslado de la parte demandante a COLFONDOS S.A. en atención al artículo 98 de Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T y de la S.S. aduciendo que no cuentan con soportes físicos de la asesoría o de una proyección de cálculo actuarial efectuado a la parte demandante, donde se pueda demostrar que la misma fue asesorada, brindándole información que le permitiera establecer un comparativo de mesadas entre ambos regímenes. Indica que es importante recordar que dicha información no reposa en la compañía, ya que a la fecha de afiliación de la demandante no existía la obligación de conservar

documentos y que lo único que se conservaba es el formulario de afiliación, así mismo exterioriza que la obligación de los fondos de conservar otros documentos nace con la expedición de la Ley 1748 de 2014. Y que por tal razón y atendiendo el deseo de la parte actora de pertenecer al RPMPD, solicita, se de aplicación al inciso tercero del artículo 98 del CGP. Y que se abstenga de condenarlo en costas y agencias en derecho.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar ineficaz el traslado efectuado por la demandante PILAR DUARTE TORRES, del RPMPD al RAIS; en consecuencia, condeno a COLFONDOS 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. Que COLPENSIONES acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Declaro no probadas las excepciones propuestas y sin costas en primera instancia.

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 delas consecuencias de su decisión respecto al traslado de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, 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 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, se procede a surtir el grado jurisdiccional de consulta, por lo tanto, 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 la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 24 de noviembre de 2017 y su respuesta el mismo día (fl. 10).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 4°. de julio de 1960 (fl. 15); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1°. de abril de 1994 y el 31 de marzo de 1998; iii) que, en mayo de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLFONDOS S.A., administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por la demandante. (fls. 12 – 14)

Por su parte, el demandante, informó que, que estaba trabajando en el hospital militar y se presentó una situación donde les afirmaron que el seguro social se iba a acabar, por lo tanto, se presentaron los asistentes de los fondos, sin ninguna charla previa, solo les dijeron que era la mejor opción y en vista de que pensaba que se quedaría sin pensión accedió a firmar el traslado, solo les afirmaron que se iban a pensionar más jóvenes y con una mejor pensión, todo esto sucedió en el año 1998.

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., 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 PILAR ADRIANA DUARTE TORRES, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir

la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS S.A., en el año de 1998.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de PILAR ADRIANA DUARTE TORRES.

Ahora bien, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de Colfondos S.A, tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del CC, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Sin costas en esta 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2021, por el Juzgado Vinisteis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **PILAR ADRIANA DUARTE TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.**

PENSIONES Y CESANTIAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: sin **COSTAS** en esta Instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502720190016701

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 el apoderado de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ERISINDA MONTAÑA AHUMADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES al doctor Santiago Bernal Palacios, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 6 al 9.

ANTECEDENTES

ERISINDA MONTAÑA AHUMADA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, para que se declare que fue asesorada equivocadamente por COLFONDOS S.A., al momento de su traslado al RAIS; y, en consecuencia, se declare la nulidad de esa afiliación, ordenando a COLFONDOS S.A., trasladarla a COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubieren recibido, como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, con todos sus frutos e intereses; que, se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y una vez cumpla los

requisitos de ley sea pensionada bajo ese régimen; 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, señaló que, nació el 03 de julio de 1961; que a la fecha de instaurada la demanda contaba con cincuenta y ocho (58) años de edad, que se encontraba cotizando para obtener su pensión desde 13 de marzo de 1978, aportes que inicialmente se realizaron al la Caja de Previsión de Cundinamarca en el RPMPD, que al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, la demandante contaba con dieciséis(16) años y un (1) mes de cotización; que para el 1° de abril de 1994, contaba con ochocientas treinta y siete con setenta y un (837.71) semanas cotizadas, superando, los 15 años de servicios o setecientas cincuenta (750) semanas, exigidas para mantener el régimen de transición; en diciembre de 1999, se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., manifestando que el representante COLFONDOS S.A., jamás le dio una información completa y comprensible sobre la elección de régimen pensional, a fin de ilustrarla en las diferentes alterativas, con sus beneficios e inconvenientes en los dos regímenes pensionales existentes, que a pesar de que contaba con más de setecientas cincuenta (750) semanas para el 01 de abril de 1994, el asesor no le explicó las consecuencias de cambio de régimen, induciéndola al error.

Finalmente, afirmo que el 5 de mayo de 2018, solicitó a COLPENSIONES, el traslado de régimen pensional, el cual fue negado el 09 y 23 de mayo de 2018 por la entidad (fls. 21 a 27); que mediante derecho de petición radicó ante COLFONDOS S.A., la solicitud del traslado de régimen de pensiones, el cual le respondieron a través de correo electrónico el 25 de junio de 2018, negando la solicitud. (fls. 43 y 44)

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS 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 régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica. (fls. 103 a 135.)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.**, 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 régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls. 164 a 176.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante, al RAIS, administrado por COLFONDOS S.A., señalando como consecuencia de tal declaración; condenando a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima; condenó a COLPENSIONES tener como válidamente afiliada a la demandante al RPMPD, como si nunca se hubiese trasladado y recibir las cotizaciones provenientes de COLFONDOS S.A., declaró no probadas las excepciones formuladas por COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS y condenó en costas a COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia con el fin de que se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la demandante, argumentando que el a quo, no sustentó las razones por la cuales no dio aplicación al literal e) del artículo 13, de la Ley 100 de 1993, generando inseguridad jurídica y una falta en contra el derecho de defensa de la entidad, solicita que se dé aplicación directa a la prohibición legal en la cual se encuentra inmersa la demandante o en caso contrario se sustente el motivo por el cual no se da aplicabilidad a la anterior ley mencionada. Indicó que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señala que la declaratoria de ineficacia del traslado, es la falta del deber de la información, situación que no se presentó en este caso, pues alega que la principal motivación de la demandante para retornar al RPMPD, es el descontento con el valor de la supuesta mesada pensional que recibiría en el RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicito la revocación del fallo en cuanto a que la entidad no puede resultar perjudicada por las consecuencias jurídicas que trajo consigo la suscripción del contrato de vinculación entre la actora y la AFP situación que se presentaría en caso de declarar que se debe tener a la demandante como afiliada al RPM a pesar que, tal como se señaló se encuentra inmersa en una prohibición legal de traslado. Así mismo, la teoría del daño manifiesta que quien lo causa es quien debe repararlo, por ende, no es COLPENSIONES quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información en la que incurrió el fondo demandado, sino por el contrario deberá ser el fondo que efectuó el traslado entre regímenes, quien entre a responder por cualquier perjuicio generado, tal como se señala en el artículo 10 del Decreto 720 de 1994.

Por último la parte actora, requiere que se confirme la sentencia en cuanto fue ajustada en derecho, además de ello que no obra prueba de la que pueda desprenderse que a la fecha del traslado se hubieren efectuado las proyecciones aritméticas y los comparativos necesarios hacia el futuro de ambas opciones, pues ellas brillan por su ausencia en el plenario. Está probado que la demandada Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, no actuó cumpliendo con su deber 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 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 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 la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 9° de mayo de 2018 y su respuesta el mismo día. (fls. 21 a 27).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) la demandante nació el 3° de julio de 1961 (fl. 12); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1°. De julio de1995 y el 31 de octubre de 1999, 120,00 semanas (F° 1 – 6 Archivo 3 – Historia Laboral); iii) que el 19 de octubre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad desde el 1.° diciembre del 1999, (Fº 261) administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral. (Folios 29 - 42)

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte de la demandante, quien informó que, para el año 1999, cuando se encontraba trabajando para el Hospital San Juan de Dios de Zipaquirá, la secretaria de personal para esa época, les informó que el ISS se iba a terminar, por lo que los hizo afiliar a COLFONDOS S.A., que un asesor de dicha entidad les dejó los formularios en la oficina de personal y nunca les brindó información sobre el cambio de régimen, que lo único que le dijeron era que el ISS, se terminaba; manifestó la demandante que desea retorna al RPMPD, porque toda su vida trabajó con el estado y quiere que se este sea quien la pensione, ya que, estaría mejor pensionada que con el RAIS, que le solicitó a COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., el traslado de régimen, pero se lo negaron.

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., 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 ERISINDA MONTAÑA AHUMADA, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la actora a COLFONDOS S.A., el 19 de noviembre de 1996, la cual tuvo fecha de efectividad el .° diciembre del 1999.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de ERISINDA MONTAÑA AHUMADA.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de COLFONDOS S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

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 21 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ERISINDA MONTAÑA AHUMADA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada 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

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502920200000 5-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 y reconocimiento de pensión de vejez.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN** 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.;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a la doctora Alida Del Pilar Mateus Garzón, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 128 vto. al 140. Asimismo antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de la sociedad PORVENIR S.A. a la doctora Angélica María Cure Muñoz, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 142 al 148.

ANTECEDENTES

MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN, 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, se declare que las demandadas AFP PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., lo 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 y en consecuencia, solicita que se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a COLPENSIONES, a tener entre sus afiliados al señor MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN, en el RPM con Prestación Definida, como si nunca se hubiere trasladado, en virtud del regreso automático. Solicita, que se ordene a COLPENSIONES, a reconocer el Régimen de Transición, consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, así como que se reconozca la pensión de vejez del afiliado a partir del 07 de enero de 2010, bajo los parámetros del articulo y la ley antes mencionados, en concordancia con el decreto 758 de 1990. Igualmente, solicita que se reconozcan y paguen los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, a partir del 07 de enero del 2010 hasta la fecha en que se verifique su pago, generados por la demora injustificada en el reconocimiento de la pensión de vejez, que se condene en costas y agencias de derecho a la demandada y se condene lo extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señala que, nació el 07 de enero de 1950; que, se trasladó del RPM con prestación definida, al fondo privado de pensiones COLMENA S.A., el 26 de noviembre de 1996, señaló que el asesor comercial no le brindo una información clara, completa y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el sistema RPM, como en el RAIS, y en especial no se hizo un estudio de su situación particular, únicamente se le hablo de las ventajas que obtendría al cambiarse de régimen. Que el traslado a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., se hizo efectivo el 15 de octubre de 1997, igualmente indicó que se trasladó el 06 de marzo del 2000 al fondo privado PENSIONES HORIZONTE.

Por otra parte, manifestó que tiene una afiliación nula en la AFP COLFONDOS, por un aporte consignado erróneamente por el empleador y como consecuencia de ello suscribió un nuevo formulario en la AFP HORIZONTE el 15 de agosto del 2000, seguido a esto se trasladó al fondo privado PORVENIR S.A., el 05 de noviembre de 2008, que fue recibido en el RPM desde el 09 de julio de 2010 y que a la fecha de entrada en vigencia el sistema general de pensiones, esto es, al 01 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad y que al 07 de enero de 2010, contaba con la edad de 60 años, que cuenta con 684 semanas cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad pensional, de conformidad con el artículo 12, literal b, del Decreto 758 de 1990.

Refirió que, el 21 de octubre de 2010, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez ante COLPENSIONES, tal y como se evidencia en la resolución GNR 346865 del 09 de diciembre de 2013, mediante la cual la entidad negó el reconocimiento y pago, por lo tanto, presentó derecho de petición ante COLPENSIONES el 06 de diciembre de 2018, solicitando la nulidad de los traslados efectuados a la AFP PROTECCIÓN y otros, y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con el Régimen de Transición en concordancia con el decreto 758 de 1990.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, 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 y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones. (flis. 73 a 80).

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 la causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fl. 98 CD).

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, 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 y la innominada o genérica: (fl. 85 CD).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de octubre de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante, ante COLMENA ING hoy la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., el 26 de noviembre de 1996 con fecha de efectividad 01 de enero de 1997; en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida y, por lo tanto, es

beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; ordenó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor del demandante, la pensión de vejez, de conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir de la fecha de la última cotización y teniendo como Ingreso Base de Liquidación el promedio de los últimos diez años laborados cotizados, por 14 mensualidades al año siempre y cuando el valor de la pensión sea igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigente o por el contrario si es mayor a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes se le reconocerá por 13 mensualidades al año; por otra parte, absolvió a COLPENSIONES del pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993; sin embargo, la condenó a indexar el valor del retroactivo pensional que se adeude al señor demandante de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento de su pago y, por último, absolvió a las demandadas PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A., de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandada COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que, se revoque la sentencia en su totalidad, argumentando que se debe tener en cuenta que en el caso del señor MIGUEL ANTONIO RAMIREZ, frente al régimen de traslado que registro en el año 2010, de PORVENIR al RPM, administrado en ese entonces por el ISS, de conformidad con el artículo 36 de la ley 100 de 1993, la sentencia C-789 de 2002 y la SU-062 de 2010, que señalaron, que las personas que entraran en vigencia de la ley 100 de 1993 y ostentaran los 15 años de servicio o cotizaciones, en este sentido si conservaban el régimen de transición, por lo tanto, alega que el señor RAMIREZ, no conservo los 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, y que por tal motivo, no puede tenerse al demandante como beneficiario del Régimen de Transición.

Por otra parte, manifestó que frente al aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, el cual estableció que el régimen de transición no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto los afiliados que entrado en vigencia del Acto Legislativo, tuvieran 750 semanas cotizadas, caso en el cual el Régimen, se extendería hasta el 31 de diciembre de 2014, que frente a este caso el señor RAMIREZ, a la entrada en vigencia de esta que es el 29 de julio de 2005, tenía un total de 383,05 semanas, no siendo beneficiario así del Régimen de Transición y, por tal motivo, no le asiste el reconocimiento alguno por parte de COLPENSIONES, ya que, no cumplió con los requisitos contemplados dentro de la ley 100 de 1993.

Que, frente al reconocimiento pensional, conforme a la ley 797 de 2003, solicita al Honorable Tribunal de Bogotá, absolver a COLPENSIONES de todas las pretensiones de la demanda.

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 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 interpuestos 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 de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema

pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede conceder la pensión de vejez a la demandante.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 6°. de diciembre de 2018 (folio. 10).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 7° de enero de 1950 (fl. 2); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7° de mayo 1977 y el 31 de agosto de 2016, 961, 29 semanas; iii) que el 26 de noviembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. COLMENA hoy PROTECCION S.A., con fecha de efectividad desde el 1°. de enero de 1997, posteriormente se traslado a horizonte el día 15 de octubre de 1997, luego se traslado a Porvenir S.A., el día 5° de noviembre de 2008, así mismo, se vislumbra que se traslado nuevamente a Colpensiones el día 2° de agosto de 2010.

Se absolvió interrogatorio de parte al apoderado de PROTECCIÓN S.A, en el que indicó que su representada no contaba con prueba distinta al formulario de afiliación, con la que se pudiera demostrar que a la demandante se le brindó toda la información clara, completa, precisa y oportuna al momento del traslado del régimen de pensiones, por otra parte, afirma que existe un documento en el que consta que la entidad realizó una reasesoría a la señora REVELO MADROÑERO, el cual milita a folio 92, pero que el mismo no se encuentra suscrito por la afiliada, y asevera que este fue enviado a la demandante a través de correo electrónico el 19 de noviembre de 2014, sin embargo, expresa que en dicho correo que reposa a folio 93 del expediente, no se observa archivo adjunto que contenga el formato de reasesoría, de igual manera, afirma que es cierto que los asesores de PROTECCIÓN S.A., tienen la obligación de hacer firmar el formato de reasesoría y entregárselo al afiliado. Finalmente, el apoderado de la demandada PROTECCIÓN S.A., informa que, en el correo antes mencionado, se le comunicó a la afiliada sobre los posibles valores de mesadas pensionales, los cuales son arrojados por el sistema de PROTECCIÓN S.A., y deben dejarse sustentados con pruebas que respalden dichos valores.

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 1998, cuando se encontraba trabajando para la empresa Biocol, en Bogotá, el dueño de la empresa convoca a un asesor de PROTECCION S.A., quien les brinda una charla de 10 minutos a todos los empleados, afirma que en la reunión el asesor, les informa que les conviene trasladarse, porque el Seguro Social desaparecería y les aseguraron que en el fondo privado la pensión sería mejor, se podían pensionar antes y que en caso de fallecimiento de la afiliada, la pensión le quedaría al hijo para toda la vida, por lo tanto, firmó y la pasaron al fondo. Que es la empresa a través de la asistente de recursos humanos quien le brinda toda la información personal al fondo. Por otra parte, la afiliada manifiesta que con referencia a la reasesoría que indica el apoderado de PROTECCIÓN S.A., se le brindó en el año 2014, asegura que no fue una reasesoría, que únicamente recibió una llamada de un asesor en la que le informan que podía adquirir o afilarse a un plan voluntario de pensiones y así su pensión podría mejorar, dice la afiliada que aprovecho la llamada para que la asesoraran frente al valor de su pensión en caso de pensionarse en PROTECCIÓN S.A. y con cuanto en COLPENSIONES, por lo tanto, afirma que al día siguiente recibió un correo

en el que le informaban que en caso de pensionarse con PROTECCIÓN S.A., tendría una pensión de $1.500.000 y en caso de hacerlo con COLPENSIONES, el valor de su pensión seria de $ 3.300.000, pero si su salario bajara $2.000.000, su mesada pensional con COLPENSIONES seria de un $1.346.000, que la anterior información, le genero dudas y solicitó una asesoría para saber que pasaría con el monto de su pensión en 5 años, ya que, inicialmente le habían informado que se podía pensionar antes de lo establecido por la ley, con respecto a la edad pensional, sin embargo, la asesora no se volvió a contactar con ella, es por eso que frente a la confusión que tenía sobre el monto y en qué tiempo se podía pensionar, se acerca en enero de 2015, a una sede del fondo de PROTECCIÓN S.A., donde le informan que solo se puede pensionar con el SMLMV. Finalmente, la afiliada manifestó que no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse con COLPENSIONES y tampoco se acercó a una sede de dicha entidad para asesorarse.

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 COLMENA hoy PROTECCIÓN 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 MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando COLMENA hoy 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 el actor a COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., el 26 de noviembre de 1996, la cual tuvo fecha de efectividad el 1°. de enero de 1997, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021).

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de **MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN**.

Ahora bien, observa esta Judicatura que, el a quo, no se pronunció respecto a los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, que debieron ser retornados por parte de Protección S.A. y Porvenir S.A., que se ocasionaron mientras fungieron como administradoras de la pensión del demandante en el período que estuvo con ellas, sumas que deberán ser trasladadas a Colpensiones, para que esta última, de igual forma reciba tales dineros sin reparo alguno y proceda a efectuar la respectiva imputación de pagos y la actualización de la historia laboral de la demandante y esta última deberá aceptar dichos valores, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias csj sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

Por lo anterior, se adicionará el numeral primero de la sentencia apelada, ordenando a **PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.,** devolver a **COLPENSIONES** valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje, durante el tiempo que estuvo afiliado a esas Administradoras.

DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ

Procede la Sala, revisar lo concerniente al reconocimiento de pensión de vejez concedida por el a quo conforme el **artículo 12 del acuerdo 049 de** 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990, vale precisar que 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 en su totalidad que deben realizar la AFP PROTECCIÓN S.A. y 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.

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 primero de la sentencia apelada, proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, también condenar a las demandadas **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas al señor **MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN**, por concepto de valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses que se ocasionaron mientras fungieron como administradoras de pensiones del demandante en el período que estuvo con ellas, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal segundo, tercero, quinto y sexto de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MIGUEL ANTONIO RAMIREZ ALBADAN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GM

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

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310500520150059 6-01

En Bogotá D.C., a los treinta y uno (31) días del mes de agosto 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: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, sustitución pensional padres, (Consulta).

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO en contra de PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Los señores FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, formularon demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., en la que pretenden que se declare que tienen derecho a la pensión de sobrevivientes en calidad de padres de ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), por ende, se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente con ocasión del fallecimiento de la causante, así como el retroactivo pensional, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, indicaron que entre la causante y la empresa Hergos y Health celebraron contrato laboral, para desempeñar el cargo de auxiliar contable, con un salario de $1.307.700.oo, que la causante se encontraba afiliada a la EPS CAFESALUD, y al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR, que la señorita Ana Cristina Torres Niño, murió de muerte natural a consecuencia de un tumor cerebral, que no estaba casada ni tenía unión marital de hecho; los demandante en su calidad de padres de la *de cujus* realizaron la reclamación de las cesantías y la pensión de sobrevivientes ante la entidad demandada, quien negó la pensión de sobrevivientes bajo el argumento que no estaba probada la relación de dependencia económica.

Señalaron, que no tienen capacidad económica ni cotizan al sistema de seguridad social, que su hija ANA CRISTINA (q.e.p.d.), era quien aportaba económicamente para el sustento de ellos y de dos hermanos menores; aducen que agotaron con el procedimiento administrativo, y que desde el momento de la afiliación de su hija (q.e.p.d.), al fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., ingresó con un seguro de vida con el que se cubre la pensión mediante una póliza de seguro, en caso de fallecimiento del afiliado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

Notificada la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en terminó dio contestación mediante escrito que reposa a folios 40 a 51, en donde se opuso a la totalidad de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, en cuanto a los hechos señaló para todos que no le constan y que no son ciertos, 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 sobreviviente reclamada por los demandantes; cobro de lo no debido; prescripción; buena fe y compensación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de febrero de 2021, dispuso:

> *"**PRIMERO: ABOLVER** a **PORVENIR S.A.** respecto de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por **FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR PROBADA** la excepción de Inexistencia de la Obligación planteada por Porvenir S.A.*
>
> ***TERCERO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como Agencias en Derecho la Suma de **UN (1) S.M.L.M.V.***
>
> ***CUARTO:** Si esta providencia no es apelada por la parte demandante, envíese en el Grado Jurisdiccional de Consulta con el Superior."*

ALEGATOS DE CONCLUSION

Una vez corrido el traslado de ley, ninguna de las partes presento alegatos de conclusión.

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la parte demandante, en calidad de padres sobrevivientes, teniendo en cuenta lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, para lo cual deberá verificarse el tema de la dependencia economía respecto de la afiliada fallecida, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

BENEFICIARIOS Y REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES.

Como quiera que es la fecha del fallecimiento de la ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), la que define la norma vigente aplicable al caso concreto, toda vez que el deceso de aquella se produjo el 31 de agosto de 2016, como se lee en el Registro Civil de Defunción que obra a folio 15, 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 inexequible, 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 inexequible 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)

Así las cosas, es necesario entrar a verificar las pruebas allegadas y practicadas en el proceso a fin de terminar si los demandantes dependían de la causante.

Al respecto obra a folio 9 respuesta brindada por PORVENIR S.A., al señor RUMUALDO TORRES AVENDAÑO, de fecha 24 de febrero de 2017, en la que le niega la solitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, teniendo en cuenta que no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), ya que no dependía económicamente de ella, que ante el no cumplimiento de los requisitos da lugar a la devolución del saldo de la cuenta de ahorro; así mismo, reposan las declaraciones extra proceso a folios 11 a 14 de los señores María del Carmen Coronado y Adonay Vaques Angulo, donde declararon ante la Notaria 74 del Círculo de Bogotá, bajo la gravedad de juramento que conocieron de vista y trato a la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), durante 22 años, por lo que les consta que hasta el día de su fallecimiento era soltera, sin unión marital de hecho, que no tenían conocimiento de que la causante tuviera hijos legítimos, adoptivos, vivos o muertos, ni persona alguna con mejor o igual derecho a reclamar que el que le corresponde a sus padres, quienes vivían bajo el mismo techo con la fallecida y dependían económicamente de sus ingresos, toda vez que no laboraban, no son pensionados y no reciben ayudas bien sea de entidades públicas o privadas; a folio 15, se encuentra el acta de defunción de la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), de fecha 31 de agosto de 2016, con serial No 09218166, de la Notaria 38 del Círculo de Bogotá, así como el Registro Civil de Nacimiento de la misma a folio 16, también se tiene a folio 18 y 19, liquidación de la empresa en la que se encontraba afiliada la causante, que refleja la entrega de cesantías a los demandantes, teniendo en cuenta que fueron los únicos que se presentaron a reclamar de conformidad con la ley.

Por su parte, PORVENIR S.A., a folio 52 a 68 se encuentra el expediente administrativo, donde se puede constatar que la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), fue afiliada el 02 de enero de 2014 al fondo, documental que una vez analizado se puede colegir el cumplimiento de los requisitos de ley en cuanto a la densidad de semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al fallecimiento, según el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la 797 de 2003.

De otro lado, con la prueba declarativa se pudo constatar lo siguiente:

Respecto del interrogatorio de parte rendido por la señora FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ, la misma expresó que nació en el año 1966 en Boyacá, que su estado civil es unión libre con el señor ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, con quien convive hace más de 35 años, que su lugar de residencia es la calle 39 sur 68 L 27, casa que adquirió la pareja con ahorros hace más de 16 años y consta de 2 pisos, que su núcleo familiar está constituido por una hija Carol Xiomara Torres Avendaño de 19 años edad y su compañero permanente, que su hija ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), vivía en la misma residencia antes de fallecer, que para la fecha del fallecimiento de su hija, se dedicaba a ser ama de casa, atendía su hogar y a sus hijas, también informó que para la época de muerte de su hija, su esposo trabajaba con pinturas, negocio que aún tienen, local donde comercializan pintura, que ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.) y el señor ROMUALDO, eran quienes sostenían el hogar económicamente, que el esposo se encargaba de pagar el estudio de su hija ANA CRISTINA (q.e.p.d.) por valor de un $1.000.000, que correspondía a la mitad del costo del semestre, que su hija CRISTINA (q.e.p.d.), devengaba un salario de $1.200.000 y sus gastos eran por un valor de $140.000, para servicios, $300.000, para el mercado y su estudio, indicó que su hija fallecida aportaba al hogar desde que empezó a trabajar, ya que, los gastos del hogar asedian a $650.000 y que ella no devenga ningún dinero, solo recibía lo que su esposo le daba para el diario y dé ahí sacaba para la lonchera de su hija menor, los buses diarios de sus dos hijas y los de ella cuando tenía que ir al médico; así mismo, dijo que ella no dependía económicamente de su esposo al momento del fallecimiento de su hija, porque esta era quien le daba para sus cosas; señaló que tienen un automóvil de marca Sandero, también expresó que a su esposo le faltan 6 años para pensionarse, declaró que su hija falleció el 31 de agosto de 2016, año en el que ella le colaboraba a su esposo en el local de pintura haciendo el aseo y revolviendo las pinturas sin recibir ninguna compensación económica por dicha actividad, que el local era administrado el señor ROMUALDO, finalmente informó que tienen un hijo y una hija, que su hijo vive con su esposa y que al momento de fallecer su hija CRISTINA (q.e.p.d.) su hijo varón él estaba en el ejército.

Frente al interrogatorio de parte rendido por el señor ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, indicó que nació el 01 de febrero de 1956 en Boyacá, que trabaja como independiente en un negocio que tiene de pintura; que para el momento del fallecimiento de su hija ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.) tenía como bienes, el local donde trabaja, en el cual realizaba ventas mensuales por $800.000, un local comercial que tiene en compañía con uno de sus hijos, el cual se encontraba arrendado por $150.000, del cual recibía el 50%, la casa donde vive con su esposa, de la cual tenían en arriendo el 1 piso por $300.000 y 2 vehículos, de los cuales uno estaba destinado para el negocio y el otro para uso familiar; señaló que para el año 2016, la señora FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ, se dedicaba al hogar y lo acompañaba en el negocio, que cuando él no estaba en el local era ella quien trabajaba, manifestó que con las utilidades del negocio para el año 2016, pagaban facturas, servicios y alimentación, más lo que les ayudaba su hija CRISTINA; expresó que él es quien maneja las cuentas y dinero, que la señora NIÑO, no tiene acceso a ellas; indicó que para el momento del fallecimiento de su hija, ella les colaboraba con servicios y mercado desde que comenzó a trabajar, es decir, aproximadamente durante 2 años, que no dependía económicamente de ella, porque él aun trabajaba, que ella les ayudaba con $300.000, para el mercado y les pagaba los servicios; que ella se encontraba estudiando en la universidad y él le ayudaba a pagar el semestre con $200.000 o $300.000, lo que le hiciera falta para el semestre, el cual costaba entre $1.800.000 o $2.000.000 y él le colaboraba para los gastos de alimentación y transporte para que asistiera a la universidad; que ella tenía un crédito bancario, pero no sabe la cantidad, ni para que lo solicitó; que para

el momento del fallecimiento de su hija, el núcleo familiar estaba conformado por 4 personas, su esposa y sus 2 hijas; que la señora NIÑO, estaba como beneficiaria de él en salud.

Por su parte, la señora María del Carmen Coronado, manifestó que conoció a la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), porque es vecina de sus padres, que le consta que CRISTINA, trabajaba y estudiaba, que conoce a los señores FLOR ÁNGELA NIÑO BENÍTEZ Y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, hace más de 30 años y que para el año 2016, la señora Flor, se dedica a los oficios del hogar; que ellos tienen el negocio de la pintura en la misma casa donde viven.

Así mismo, la señora Adonay Vasques Angulo, en calidad de testigo indicó que, conoció a la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), desde pequeña porque era vecina y además estudiaba con una sobrina; que le consta que estudiaba contaduría pública y trabajaba en una empresa, que le ayudaba a su madre con los gastos de la casa; que conoce a los señores FLOR ÁNGELA NIÑO BENÍTEZ Y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, quienes para la época del fallecimiento de su hija, se dedicaban a la microempresa de pintura que tienen en el barrio Class Roma, que la señora Flor, le colaboraba al señor Romualdo, en la empresa cuando él no podía estar o estaba ocupado, pero no recibía ningún ingreso económico.

Al respecto, resulta pertinente traer a colación lo afirmado en la sentencia CSJ SL, 5 nov. 1998, rad. 11111, reiterada en la decisión CSJ SL8949-2017, puntualizó:

> *"El artículo 61 del Código de Procedimiento Laboral les concede a los falladores de instancia la potestad de apreciar libremente las pruebas aducidas al juicio, para formar su convencimiento acerca de los hechos debatidos con base en aquellas que los persuadan mejor sobre cuál es la verdad real y no simplemente formal que resulte del proceso. Todo ello, claro está, sin dejar de lado los principios científicos relativos a la crítica de la prueba, las circunstancias relevantes del litigio y el examen de la conducta de las partes durante su desarrollo. " (…)*

Dicho lo anterior y analizado el elenco probatorio en su conjunto permite colegir que los señores FLOR ÁNGELA NIÑO BENÍTEZ y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, eran los padres de la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), quienes en calidad de progenitores solicitaron la pensión de sobrevivientes, aduciendo que tenían derecho conforme a lo establecido en el 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, pruebas que permiten concluir que quedó demostrada la vida en común de los padres de la causante y la ayuda mutua, derivada de los ingresos que generaban del establecimientos de comercio de pintura y arriendos de otras propiedades (local y primer piso de la vivienda); así mismo, quedo demostrada la dependencia económica de la señorita ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), de su señor padre, que como él mismo lo dijo en interrogatorio de parte, él le colaboraba con una parte del pago del semestre de la universidad, así como para los gastos de alimentación y transporte para que acudiera a estudiar y que él no dependía económicamente de ella, porque él aun trabajaba; por su parte, la señora FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ, expresó que su hija fallecida, le ayudaba en el hogar con $140.000 para servicios y $300.000 para el mercado, que su hija era quien le daba para sus cosas, porque ella no trabajaba, solo recibía de su esposo el diario y de ahí debía sacar para la lonchera y el transporte de sus hijas.

Ahora bien, es claro para esta sala que la causante colaboraba con algunos gastos del hogar, de donde ella misma era beneficiaria, pues residía en la misma vivienda

que sus padres, razón por la cual, las ayudas que proporcionaba daban para su propia subsistencia, así que dicha colaboración no puede ser confundida con la dependencia económica, pues quedo demostrado con los interrogatorios de parte de los aquí demandantes, que estos le ayudaban a la causante para los estudios, trasportarse y alimentación de la universidad; además, de ser evidente que los aquí demandantes con anterioridad al fallecimiento de su hija, contaban con ingresos propios de sus actividades comerciales y rentas de otras propiedades, quedando demostrado que, el hogar percibía ingresos suficientes para sufragar los gastos necesarios de la familia; que aunque la señora FLOR ÁNGELA NIÑO BENÍTEZ, manifestó que no tenía ingresos económicos y era su hija quien le ayudaba económicamente, no puede la madre confundir dicha colaboración con la dependencia económica, pues los ingresos recibidos por la causante, eran insuficientes para el total de los gastos del hogar y los que ella misma tenia, como lo indicó la señora FLOR, en el interrogatorio de parte, era ella quien le daba para los transportes diarios de la universidad, dinero que le daba de lo que su esposo le dejaba para los gastos diarios.

De lo anterior, se extrae que, si bien es cierto, la causante colaboraba con algunos gastos del hogar, sus padres continuaron apoyándola económicamente hasta el día de su fallecimiento, en especial su padre, quien es la persona que manejaba los ingresos económicos del hogar (rentas y ventas), como el mismo lo manifestó en el interrogatorio de parte, quien además expresó que él no dependía económicamente de su hija fallecida, porque el aun trabajaba, quedando demostrado que fue él, la persona que siempre estuvo a cargo de proveer lo necesario al hogar, como administrador de la economía familiar.

Conforme al análisis realizado de las pruebas existentes en el proceso, la Sala puede concluir que los demandantes no dependían económicamente de la causante, ANA CRISTINA TORRES NIÑO (q.e.p.d.), dado que independientemente de la proporción de su aporte en el hogar, este no era necesario para sufragar los gastos de una vida digna; por tal razón, no les asiste derecho a la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, dado que los aquí reclamantes no demostraron haber dependido económicamente de la afiliada fallecida, no existe derecho alguno a la pensión de sobrevivientes, por las razones ya expuestas el *a quo* acertó al declarar probada la inexistencia de la obligación presentada por la parte demandada PORVENIR S.A.

A saber, que este colegiado no encuentra razón para censurar la decisión tomada en el fallo de primera instancia, por tanto, revisado el material probatorio allegado por las partes, además de analizada la normatividad aplicada al caso concreto, es de resaltar que se encuentra dentro de lo correspondiente al proceso laboral ordinario. Así que, lo examinado por esta corporación encausa a desatar la presente alzada en confirmar la decisión tomada por el togado en primera instancia.
G
Por lo anterior, la providencia en grado jurisdiccional de consulta se mantendrá incólume.

DECISIÓN

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 febrero de 2021, por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FLOR ANGELA NIÑO BENITEZ y ROMUALDO TORRES AVENDAÑO, quienes formularon demanda contra 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: SIN COSTAS en la segunda instancia. Las de primera se confirman.

Notifíquese y Cúmplase.

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

GM.

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503520200035 1-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 COLPENSIONES., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 13 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **EDGAR ENRIQUE GARCIA HURTADO** 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 para actuar como apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES a la doctora Liseth Dayana Galindo Pescador , en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 15 al 20.

ANTECEDENTES

EDGAR ENRIQUE GARCIA HURTADO, 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 asesorado 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., trasladarlo a COLPENSIONES, junto 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; 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 25 de diciembre de 1960; que a la fecha de instaurada la demanda contaba con 59 años de edad, que estuvo vinculado en el RPMPD hasta noviembre de 1996, periodo en el que realizó 466,14 semanas de cotización, que se vinculó al RAIS desde diciembre de 1996 y cuenta con 1.210,57 semanas de cotización (corte 4 de agosto de 2020), que se trasladó al RAIS, manifestando que no le entregaron informaron completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPMPD al RAIS, que no le explicaron las implicaciones y detalles respecto de la desafiliación del RPMPD, las implicaciones y detalles de pertenecer al RAIS, que no le dieron a conocer que la mesada pensional de vejez, al cumplimiento de la edad de jubilación sería más alta en el RPMPD que en el RAIS, no le ofrecieron asesoría sobre la comparación entre el RPMPD y el RAIS, no le explicaron en qué consistía el cambio o traslado de régimen, ni hasta qué edad podía trasladarse de régimen pensional, no le realizaron una proyección de la pensión que podría tener, que no le informaron, que a los 57 años de edad, debería tener aproximadamente $200.000.000 de capital en su cuenta de ahorro individual, para una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, nunca tuvo conocimiento sobre cuál sería el valor de la mesada pensional cuando cumpliera los 57 años de edad tanto en el RAIS o en el RPMPD y que ante la falta de información completa, clara, oportuna y comprensible respecto de las incidencias del traslado del RPMPD al RAIS, el traslado del régimen se realizó sin el libre consentimiento previo e informado, constituyéndose un vicio de su consentimiento.

Finalmente, afirmo que el 02 de agosto de 2020, presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, pero que transcurridos el mes previsto en el artículo 6 del CPTSS, COLPENSIONES, no dio respuesta a la reclamación administrativa.

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.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de 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 e innominada o genérica. (fls. 20 a 38).

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, 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 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. (fls. 19 a 25.)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante, al RAIS, administrado por PROTECCION S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que se le ordene a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a COLPENSIONES a volver a afiliar al demandante al RPMPD y recibir todos los aportes que éste hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PROTECCION S.A.; condenó en costas a la demandada AFP PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presentó recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicitó que se revoque la sentencia en su totalidad, argumentando que el precedente de la Corte Suprema de Justicia se debe aplicar a cada caso en concreto los cuales difieren del presente caso, alega que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legitima al momento del traslado, además de no probarse la existencia de vicios del consentimiento en los términos del artículo 1508, 1509, 1510 y 1740 del Código Civil, para que se declarara dicha nulidad; expresó que el traslado de régimen lo realizó el demandante de forma voluntaria, libre y sin presiones, voluntad que ratificó en la suscripción del formulario de afiliación, solicita que se de aplicación a lo establecido en el artículo 167 del

CGP, indicó que no es procedente el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que COLPENSIONES, no tiene conocimiento de situación pensional del demandante; por último, solicitó de manera subsidiaria y que en caso de confinarse la decisión, se debe garantizar el reintegro de la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual y que PROTECCION S.A., no pueda descontar ninguna suma de dinero por concepto de seguros de invalidez o muerte, la indexación de los valores trasladados y se confirme la no condena en costas, ya que, COLPENSIONES, es ajeno al traslado del régimen del demandante.

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, 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 PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 21 de agosto de 2020, la cual, no dio respuesta. (fls. 1 – 4 Archivo 07).

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 perdida 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. 11001310502820130062 6-01, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 25 de diciembre de 1960 (fl. 1 Archivo 13); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 7°. de mayo de 1987 y el 30 de noviembre de 1996, 464,43 semanas (fls. 1 – 6 Archivo 34); iii) que el 8°. de noviembre de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Protección, con fecha de efectividad desde el 1.° enero del 1997, (fl. 38 Archivo 30) administradora

en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1715,28 semanas (fl. 44 – 92 archivo 30).

Por otra parte, se absolvió interrogatorio de parte al demandante, quien informó que, para el año 1996, cuando se encontraba trabajando para la empresa Colsubsidio, asesores de PROTECCION S.A., les realizaron una reunión donde les preguntaron si deseaban trasladarse al régimen privado, ya que, el Seguro Social iba a desaparecer, por lo tanto, procedió a diligenciar el formulario y firmarlo, pensando que era lo adecuado, afirmo que nunca recibió una asesoría donde le realizaran una proyección, que no le explicaron las desventajas del RAIS, que no tenía conocimiento que en caso de querer regresar al RPMPD, debía realizarlo 10 años antes de cumplir con el requisito de la edad, que no le brindaron información acerca de qué pasaría con los recursos que estaban en el fondo privado, en caso de fallecer antes pensionarse, que recibió extractos pensionales de PROTECCIÓN, en los que únicamente evidenciaba cuánto dinero había aportado, que no recuerda si le informaron que podía hacer aportes voluntarios al RAIS, como tampoco de que haya recibido una reasesoria en el año 2012.

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 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 EDGAR ENRIQUE GARCIA HURTADO, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando 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 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 el actor a PROTECCION S.A., el 8°. De noviembre de 1996, la cual tuvo fecha de efectividad el 1.° enero del 1997.

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de EDGAR ENRIQUE GARCIA HURTADO.

De otra parte, en cuanto a la solicitud elevada por COLPENSIONES, que se ordene a Protección S.A. el reintegro de la totalidad de la cotización, es decir, los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantías de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración, mermas en la cuenta individual 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 inexequible 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 segundo 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. Así mismo**,** deberá retornar los valores tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias csj sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.
En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación presentado.

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 segundo de la sentencia apelada, proferida el 13 de octubre de 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, también condenar a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A.**, a devolver a **COLPENSIONES**, las sumas de dinero descontadas al señor **EDGAR ENRIQUE GARCIA HURTADO, por concepto** de pago de seguros previsionales, aportes para garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, primas de seguros previsionales, con todos sus frutos e intereses

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503820200078 01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno de agosto de 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: PENSION DE SOBREVIVIENTES, DERECHO QUE LE ASISTE CÓNYUGE – estudio material probatorio.

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demanda **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** en contra de la sentencia proferida el 22 de julio de 2021 por el Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LEONOR CLAVIJO DIAZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.** No sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada de COLPENSIONES a la Dra. Mayra Alejandra Bohoda Rojas, en los términos y para los efectos de los poderes obrantes a de folios 13 al 23 vto.

ANTECEDENTES

LEONOR CLAVIJO DIAZ promueve demanda ordinaria laboral en contra Colpensiones. Solicitando el reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente al que tiene derecho por ser la cónyuge**,** con una convivencia durante más de 61 años con el señor **LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.)**, y que se ordene el pago de la sustitución pensional desde la fecha de fallecimiento del causante debidamente indexada o ajustada con base al IPC y todos los demás valores que se logren demostrar y condenar en costas a la entidad demandada.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que contrajo matrimonio con el LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.) , celebrado el 4 de enero de 1997 en la parroquia de San Ricardo Pampuri, dicho matrimonio fue registrado en la Notaria 54 del Círculo de Bogotá mediante registro civil de matrimonio No. 2860982 del 30 de enero de 1997 que milita a folio 12; convivencia que se mantuvo hasta el día de su fallecimiento; que el causante falleció el 13 de septiembre de 2019 fecha hasta la cual hubo una relación de pareja donde siempre se socorrieron, tanto económicamente como

afectivamente; que la demandante se encontraba afiliada a la seguridad social en salud como beneficiaria del causante desde el 23 de septiembre de 2009; que al señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.), le fue concedido el derecho pensional por vejez mediante resolución No. 6056 del 29 de mayo de 1998, la cual disfruto hasta el día de su fallecimiento; que entre la demandante y el causante siempre existió el vínculo matrimonial ya que nunca se adelantaron tramites para cesar tal acto; que no existe alguna persona con mejor derecho del que goza la demandante para ostentar el beneficio de la sustitución pensional; que la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ fue quien veló de la salud del cesante durante sus años de convivencia; preciso que mediante la resolución SUB 301584 del 31 DE OCTUBRE DE 2019, la entidad negó la reclamación de la demandante al informar que, realizadas las labores de campo no se logra corroborar la existencia de la convivencia entre la causante y la demandante, dado que bajo las entrevistas realizadas a los vecinos de las viviendas donde reincidían, no se logró recopilar información que determine la convivencia entre la pareja. Que la pareja adquirido dos bienes inmuebles en los años de 1997 y 1999 los cuales fueron construyendo con su trabajo y esfuerzo. Uno en la ciudad de Bogotá y el otro en el municipio de Girardot, en este último convivieron desde el año 2014 hasta la fecha del fallecimiento del causante; adujo que Colpensiones actuó en forma indebida e ilegal, ya que dejo pasar todas las pruebas presentadas por la accionante a la hora de evaluar los requisitos para la solicitud del derecho pensional.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo (02) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 22 de julio de 2021 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR *que la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ le asiste el Derecho a que la demandada COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante LUIS ALFONSO SÁNCHEZ.*

SEGUNDO: CONDENAR *a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante LEONOR CLAVIJO DIAZ, a partir del 13 de septiembre de 2019, en cuantía inicial de $1.592.531 y por catorce mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme la variación porcentual anual de IPC, tal como lo dispone el artículo 14 de la ley 100 de 1993.*

TERCERO: CONDENAR *a COLPENSIONES a pagar a la demandante LEONOR CLAVIJO DIAZ la suma de* ***$42.225.927,*** *por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 13 de septiembre de 2019 al 30 de junio de 2021, cifra de la cual la entidad descontará lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.*

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS *las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.*

QUINTO: CONDENAR *en costas a la parte demandada COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de un SMLMV.*

SEXTO: CONCEDER *el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del articulo 69 de C.P.T. y de la S.S., de no ser apelada la decisión.*

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en terminó dio contestación mediante escrito de (CD folio 4), en donde se opuso a la totalidad de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados que al señor LUIS ALFONSO SÁNCHEZ (Q.E.P.D.), se le concedió pensión de vejez, según consta en el expediente administrativo del causante, negando los demás o manifestando no constarle; y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexacion o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y innominada o genérica.

RECURSO DE APELACIÓN.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia con el fin de que sea revocada la decisión, aduciendo que la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ no logro demostrar la convivencia necesaria con el causante para poder adquirir el derecho a la sustitución pensional pretendida, indico que las declaraciones emitidas por los testigos de la parte demandante no son coherentes ni precisa, y que por tal motivo se contradicen en su mayoría, por lo que sustenta que no se logra establecer que la demandante y el causante convivieron durante los 5 años anteriores al fallecimiento de este ultimo de manera ininterrumpida. Invoca para el sustento de su recurso la normatividad preexistente en cuanto al caso y jurisprudencia de la honorable corte suprema de justicia al respecto.

ALEGACIONES

Una vez corrido el traslado de ley, COLPENSIONES, insiste en que no se acreditan los requisitos exigidos por el ordenamiento jurídico para ser considerada como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, ya que, de acuerdo al concepto en cita, no acredita la convivencia por los medios probatorios idóneos que exige la normatividad vigente, o no se contienen con los anexos de la demanda. Además, se debe señalar, lo discutido en el presente asunto ya fue acreditado, por cuanto la prestación fue reconocida a quienes acreditaron tener el mejor derecho, en ese momento sus hijos y desde su reconocimiento se canceló de manera oportuna. .

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

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

El mismo se centra en verificar si la demandante cumple con los requisitos necesarios para obtener el beneficio de la pensión de sobrevivientes como cónyuge, con ocasión al fallecimiento del señor LUIS ALFONSO SANCHEZ, y así determinar si le asiste derecho sobre el mismo, además de analizar si el *a-quo* estimo en debida forma la totalidad del material probatorio tanto documental como testimonial allegado por la parte demandante.

DE LA SUSTITUCION PENSIONAL

No es objeto de discusión en esta instancia que mediante resolución No. 6056 del 29 de mayo de 1998 le fue concedida al señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.) pensión de vejez, como tampoco el hecho de su fallecimiento el 13 de septiembre de 2019, 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 47 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 47 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;(...)*

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

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

Aclarado lo anterior, con el fin de establecer si en el curso de esta actuación la demandante acreditó la convivencia, relieva la Sala que el análisis de las pruebas se encuentra de conformidad apreciadas.

En tal sentido, milita en el expediente a folio 12, copia del registro civil de matrimonio del 30 de enero de 1997 con No. 2860982 de la Notaría 54 del Círculo de Bogotá. Donde se protocoliza el matrimonio de la demandante con el causante, en el que no se advierte nota al margen de alguna disolución o separación. Se divisa folio 35 certificado de afiliación donde la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ se encuentra en condición de beneficiario, del causante, certificado expedido el 12 de noviembre de 2019, mismo certificado del que hizo mención el hijo del causante en su declaración al afirmar que la señora Diaz era beneficiaria de la EPS del señor SANCHEZ (Q.E.P.D.).

lo manifestado por la demandante LEONOR CLAVIJO DIAZ al absolver interrogatorio de parte, se contrajo a que fue la esposa del causante con quien convivió durante 23 años, que convivieron en diferentes inmuebles ubicados en los barrio Córdoba y Bella Vista en la ciudad de Bogotá y en el municipio de Girardot, manifestó que en el año 2015 se trasladaron a la ciudad de Girardot y ella se trasladaba cada 15 días a la ciudad de Bogotá a vigilar su negocio, ubicada en el barrio Córdoba, que durante el termino de la relación, no procrearon hijos, que contrajo matrimonio el 30 de enero de 1997, así mismos aclaró que de relaciones anteriores tanto la demandante como la causante procrearon dos hijos cada uno mayores de edad, que convivieron en las viviendas de los barrios Bella Vista y Córdoba desde el año 1997 hasta el año 2015, que eventualmente adquirieron mediante compraventa una vivienda en el municipio de Girardot Cundinamarca. Que el causante falleció en su hogar el 12 de septiembre de 2019 en compañía de la demandante; que se encontraban afiliados a salud el cómo cotizante y ella como beneficiaria de la misma afiliación; afirmó que nunca se separaron o distanciaron por ningún motivo; que sus ingreso en ocasiones se derivaron de la peluquería, que la razón por la cual decidieron trasladarse al municipio de Girardot, fue por las afecciones de salud del señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.), que la causa de su fallecimiento fue de un alza de la tensión, que se colaboraron económicamente durante toda su vida matrimonial, y que ninguno de sus hijos colaboraba con las obligaciones de la familia.

En cuanto a la señora MARIA AMPARO LOZADA, testigo de la parte actora, informó que conoció a la pareja desde hace más de 25 años en el negocio de la señora Leonor; que la demandante y el causante convivieron en las viviendas propiedad de los cónyuges, que los visito en varias oportunidades en la vivienda ubicada en el municipio de Girardot, que era vecina en el barrio Córdoba en la ciudad de Bogotá, que en el inicio el inmueble era de un piso y eventualmente la pareja construyo el segundo piso; manifiesta desde el año 2014 hasta el 2019 la pareja convivía en la ciudad de Girardot; describió el bien inmueble detalladamente.

El señor GERMAN ALIRIO CAQUERO MORA, indicó que conoció al señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.) entre los años 1995 o 1996, para la época tenían una relación de noviazgo con la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ, y posteriormente se casaron, que en principio convivían en el barrio Córdoba, y posteriormente vivían entre el barrio Córdoba y el barrio -bella Vista, describió en su totalidad la vivienda donde se encuentra la peluquería de la demandante e indico que también conoció el inmueble que se encuentra ubicado en el municipio de Girardot. Informo que era una pareja estable y normal, que la ultima vez que vio al causante fue en el año 2015; indico que no conoció la casa de Bella Vista y que presuntamente el señor LUIS (Q.E.P.D.) tenia dos hijos, que compartió fechas especiales con la familia, asegura que durante el tiempo que la pareja convivio en el municipio de Girardot, ya no compartía con ellos esas fechas.

Acto seguido la señora MARIELA SANCHEZ ESCOBAR, hija del causante indico, que la pareja se caso en el año 1997 que convivieron en el barrio Bella Vista, y el barrio Córdoba y que en el año 2015 se trasladaron al municipio de Girardot, que la razón del traslado fue por causas médicas, que ella y la pareja convivían en la misma casa pero en apartamento aparte. Que visitaba frecuentemente la casa de Girardot y describió en su totalidad los inmuebles ubicados en el barrio Bella Vista y el municipio de Girardot, afirmó que tenían una relación normal, que la colaboración que la demandante le brindaba al causante era buena, que en el momento de contraer matrimonio el señor SANCHEZ (Q.E.P.D.), aun no era pensionado, que los inmuebles eran propiedad de los dos, que el causante falleció en la casa de Girardot.

También el señor ALFONSO SANCHEZ ESCOBAR, hijo del causante, declaró que la relación entre el causante y la demandante fue estable, de compañía y solidaridad mutua, que conoce y ha visitado el inmueble ubicado en el barrio Córdoba, que convivieron en el barrio Bella Vista, y con los años se trasladaron a la ciudad de Girardot, que convivían solos en este ultimo lugar, que la beneficiaria del señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.) ante la entidad promotora de salud (EPS) desde hace unos años era la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ, que el día de su fallecimiento se encontraban en las honras fúnebres los hijos de el causante la esposa y otros familiares, que visitaba frecuentemente a la pareja en la ciudad de Girardot, que el domicilio de la demandante era en la ciudad de Girardot y que esporádicamente se trasladaba a la ciudad de Bogotá para vigilar su negocio.

Igualmente, el señor HECTOR HENRY DUARTE DAZA, indicó que reside en el barrio ciudad montes de Girardot, que era amigo de la pareja y vecino del mismo barrio donde habitaban, que conoce el inmueble de residencia del matrimonio, describió el inmueble; afirmó que le colaboraba en algunas labores esporádicamente; que dentro del bien inmueble convivía únicamente

la pareja, que en el momento del fallecimiento el señor SANCHEZ (Q.E.P.D.), se encontraba en su hogar con su la señora LEONOR CLAVIJO.

Por último, el señor ALVARO FERNANDO LOPEZ CLAVIJO, hijo de la demandante, declaro que la pareja se conoció en el año 1996 y se contrajeron matrimonio en el año 1997, que convivieron en el barrio Bella Vista por un tiempo y eventualmente se trasladaron al barrio Córdoba ambos en la ciudad de Bogotá, hasta el año 2014, fecha en la cual se trasladaron al municipio de Girardot, informo que nunca hubo una interrupción o separación en su relación; que la pareja convivía sin ningún acompañante. Que conocía el inmueble ubicado en el barrio Bella Vista, el cual describió en su totalidad.

Pruebas todas ellas que, valoradas en su conjunto, contrario a lo sostenido por la censura, dan cuenta que a pesar de que existe algunas inconsistencias en las declaraciones brindadas por los testigos con ocasión a las fechas de convivencia en los distintos lugares donde tuvieron su residencia la señora LEONOR CLAVIJO DIAZ y el señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.), estas mismas se consolidan al afirmar no sólo de que la pareja mantuvo un vínculo matrimonial vigente desde la fecha de la ceremonia y hasta el fallecimiento del pensionado, sino de su efectiva convivencia por tiempo superior a cinco años en cualquier tiempo, tal y como lo precisaron todos y cada uno de los testigos al coincidir en que la pareja en sus años de casados convivieron en cada uno de los inmuebles mencionados sin interrupción alguna, además, basta con los testimonios de los hijos del causante para acreditar que la señora LEONOR CLAVIJO DÍAZ fue la cónyuge del señor LUIS ALFONSO SÁNCHEZ (Q.E.P.D.), durante los años de convivencia, ambos se prestaron apoyo mutuo tanto económico como sentimental en los últimos años de vida y que fue ella quien se encargó de las afecciones de salud del causante y lo acompaño hasta su lecho de muerte.

En este punto, también resulta pertinente mencionar que de las pruebas allegadas al proceso no fue posible desvirtuar la convivencia matrimonial o que se hubiere visto interrumpida en algún lapso, sobre este requisito de convivencia mínima de cinco (5) años en cualquier tiempo con anterioridad al deceso, ha sido copiosa la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras tantas, vale la pena traer a colación la sentencia SL1399-2018, Radicación n.° 45779 del 25 de abril de 2018, M.P Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que precisó:

> *"2.* ***El requisito común e inexcusable del derecho a la pensión de sobrevivientes: la convivencia durante mínimo 5 años***
>
> ***2.1 La noción de convivencia***
>
> *Según la disposición reproducida la convivencia por un lapso no inferior a 5 años es transversal y condicionante del surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes,*

tanto en beneficio de los (las) compañeros (as) permanentes como de los cónyuges (SL4925-2015). Por convivencia ha entendido la Corte que es aquella «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» (CSJ SL, 2 mar. 1999, rad. 11245 y CSJ SL, 14 jun. 2011, rad. 31605).

Así, la convivencia real y efectiva 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. Lo anterior, excluye 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.
(…).

2.3 La convivencia es un requisito exigible tanto en la hipótesis de muerte del pensionado como del afiliado

En sentencia SL 32393, 20 may. 2008, reiterada en SL793-2013 y SL1402-2015, la Corte explicó que a pesar de que el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 13 de la Ley 797 de 2003, alude al «pensionado», el requisito de la convivencia durante 5 años es exigible también ante la muerte del «afiliado», pues el artículo 12 de la citada ley «conservó como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, indistintamente, a 'los miembros del grupo familiar' del pensionado o afiliado fallecido», motivo por el cual no existe un principio de razón suficiente para establecer diferencias fundadas exclusivamente en una u otra calidad. Además, el requisito de la convivencia o comunidad de vida es el elemento central y estructurador del derecho, en la forma descrita a continuación.

1. Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente

a. Convivencia singular con el cónyuge

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir en cualquier tiempo, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto. (…)"

Aclarado lo anterior, resulta pertinente detallar que además de las evidencias testimoniales también se halla demostrado su vínculo matrimonial de la demandante con el señor LUIS ALFONSO SANCHEZ (Q.E.P.D.), en el registro civil de matrimonio No. 2860982 del 30 de enero de 1997 que milita a folio 12, que fue celebrado el 4 de enero de 1997, cuya sociedad conyugal no fue liquidada y su unión permaneció de manera pacífica e ininterrumpida hasta el fallecimiento del causante.

Así las cosas, dado que la aquí reclamante demostró haber convivido en cualquier tiempo durante un lapso no inferior a 5 años con el pensionado fallecido, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes.

A saber, que este colegiado no encuentra razón para censurar la decisión tomada por el *a quo*, en cuanto a lo que fue motivo de apelación dentro del fallo de primera instancia, por tanto, revisado el material probatorio allegado por las partes, además de analizada la normatividad aplicada al caso concreto, es de resaltar que se encuentra dentro de lo correspondiente al proceso laboral ordinario. Por tanto, lo analizado por esta corporación

encausa a desatar la presente alzada en confirmar la decisión tomada por el togado en primera instancia.

En cuanto a las agencias en derecho, en esta instancia se decretarán a cargo de la demandada recurrente y en favor de la parte actora, dado el resultado desfavorable del recurso de 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 por el Juzgado Segundo (02) laboral Transitorio del Circuito de Bogotá de fecha 22 de julio de 2021, dentro del proceso ordinario laboral promovido por LEONOR CLAVIJO DIAZ contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme a los razonamientos expresados por la Sala, en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Inclúyase en ellas 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 GAITÁN
Magistrado

LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

GM

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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310503920200041801

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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 los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 04 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSE LUIS ORTIZ PEREZ** 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;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al doctor Jheisson Santiago Garzón Piamonte, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 6 al 12. Asimismo antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de la sociedad PORVENIR S.A. a la doctora Paula Huertas Borda, en los términos y para los fines indicados en el poder conferido obrante a folio 19 al 21.

ANTECEDENTES

JOSE LUIS ORTIZ PEREZ, 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 la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., para que, se declare que las demandadas AFP PROTECCION S.A. y PORVENIR S.A., lo 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 ineficaces y como consecuencia de la declaración de nulidad de afiliación y/o ineficacia de traslado, se ordene a AFP PORVENIR S.A, retornarlo al RPMPD administrado por COLPENSIONES, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y mantenerlo afiliado sin solución de continuidad, que se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y lo extra y ultra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, para el 03 de junio de 1991, tenía un total de 272 semanas cotizadas en el Instituto del Seguro Social, que en el mes de septiembre de 1994, cuando laboraba en la Fiscalía General de la Nación, asesores de ING hoy AFP PROTECCIÓN S.A, le presentaron el nuevo régimen pensional, quienes llegaban continuamente a las oficinas de la Fiscalía Local - Unidad Cuarta ante Jueces Penales Municipales de Bogotá, que estos nunca le realizaron una asesoría en una oficina del fondo, siempre fue en el puesto de trabajo o "corrillos" que formaban para captar clientes de manera general, quienes le manifestaban bondades de los fondos privados frente al Seguro Social, que le insistían que en los fondos privados obtendría un monto de pensión superior al del Seguro Social, le indicaron que los fondos privados nunca iban a quebrar, como si lo iba a hacer el Seguro Social, derivado de los malos manejos y porque el gobierno no tenía plata para pagar las pensiones, que le manifestaron que con las pensiones de los fondos privados no habría contratiempos para la aprobación y pago de las mensualidades, que le afirmaron que las cotizaciones o aportes con el ISS se iban a perder, o que nunca aparecían para completar las semanas requeridas para acceder a la pensión, que los asesores no le realizaron una proyección o cálculo para diferenciar el monto de la pensión en un régimen u otro, no le informaron las consecuencias de un traslado de un Fondo Público a un Fondo Privado, ni sobre la pérdida de beneficios, que por toda la información antes recibida, realizó el traslado del RPMPD al RAIS. Que, para el año 2003, los asesores de la AFP PORVENIR S.A le presentaron este fondo y lo mantuvieron en el error al momento de realizar un nuevo traslado y que tiene un total de 1.130 semanas cotizadas a agosto del 2020 en el Sistema General de Pensiones. Que la AFP PORVENIR S.A le realizó la simulación pensional dentro de la probabilidad de vida, en la cual le manifestaron que para cuando cumpliera los sesenta y dos (62) años de edad, el valor de la mesada sería de $877.803; Que, la simulación pensional en el RPMPD, administrado por COLPENSIONES, conforme a lo contemplado en le ley 797 de 2003, sería que a sus sesenta y dos (62) años de edad, obtendría una mesada pensional equivalente a $2.500.000.

Finalmente, indicó que el 06 de agosto de 2020, radicó un derecho de petición bajo el No. 2020_7634575, ante COLPENSIONES, solicitando que

se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, la cual fue negada el 20 de agosto de la misma anualidad, con radicado BZ2020_7634575-1654743; que el 06 de agosto de 2020, radicó un derecho de petición ante la AFP PROTECCION S.A, solicitando que se declare la nulidad del traslado y se retorne al RPMPD, la cual fue negada el 21 de agosto de la misma anualidad; que el 06 de agosto de 2020, radicó un derecho de petición ante la AFP PORVENIR S.A, solicitando que se declare la nulidad del traslado y se retorne al RPMPD, la cual fue negada el 31 de agosto de la misma anualidad.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, 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 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 e innominada o genérica. (flis. 1 a 29).

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 la causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 1 a 25).

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, 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 los aportes a otra Administradora. (fls. 1 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 04 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo el señor JOSÉ LUIS ORTIZ PÉREZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994 es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del régimen de prima media, situación que se aplica a todas las demás afiliaciones que se hicieron al interior del régimen de ahorro individual, esto es el traslado horizontal de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., declarándose la ineficacia de las mismas; condenó a PROTECCIÓN S.A., a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas, como se dijo en la parte motiva), durante el tiempo que se encontró afiliado el demandante, esto es desde el 01 de octubre de 1994 hasta el 30 de noviembre de 2003, 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 régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; condenó a PORVENIR S.A. a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se ha encontrado afiliado el demandante, esto es, desde el 01 de diciembre de 2003 hasta que se haga efectivo el traslado, 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 régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; ordenó a COLPENSIONES que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en los numerales segundo y tercero, y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada; condenó a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., al pago de las costas por partes iguales, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.890.000; informó a COLPENSIONES que puede iniciar las actuaciones civiles en contra de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados de la demandada COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A., 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 el actor, estuvo afiliado, realizó un manejo adecuado de los recursos obrantes 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, manifiesta que no es procedente la devolución de estos dineros, ya que, se tratan de comisiones ya causadas, descuentos que se hicieron conforme a la ley; que el artículo 1746 del Código Civil, dispone cuáles son los efectos taxativos de la declaratoria de nulidad, por lo tanto, argumenta que se debe aplicar para ambas partes o no se aplica y se aplica en su totalidad y no de manera parcial, favoreciendo o generando un desequilibrio judicial respecto a la actividad legítima que despliegan las administradoras del sistema general de pensiones; indicó que reconocer los rendimientos financieros y tener que efectuar la devolución de los gastos de administración, constituyen un enriquecimiento sin justa causa a cargo del demandante y de COLPENSIONES, y unos perjuicios a PROTECCIÓN S.A., citó la sentencia SL 2324 del 19 de marzo del 2019, proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, magistrada ponente, doctora Ana María Muñoz segura, donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitado por un afiliado en iguales condiciones al caso que nos ocupa, se refirió al rol de los terceros de buena fe, dentro de este tipo de procesos, considerando para el efecto que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a terceros y que la devolución de aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido, debe mantenerse todas las situaciones consolidadas, que se presumieron de buena fe. Por último, solicitó la prescripción, frente al cobro del 3% destinado para la comisión de Administración y para financiar las primas del seguro previsional de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral.

Por su parte, **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 al actor, 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; alega que se debe analizar cuáles fueron las condiciones especiales del demandante, ya que, para el momento en el que realizó el traslado de régimen pensional, se encontraba cursando el pregrado de derecho, por lo tanto, aduce que el demandante conocía la diferencia de los regímenes de seguridad social que en ese momento se estaban

enseñando y explicando en las facultades de Derecho, considerando que la ley 100 de 1993, recién se había expedido; por otra parte, expuso que la juez de instancia no tomó en cuenta que el demandante en el interrogatorio de parte confesó que la motivación que tenía para trasladarse de régimen es una motivación económica y, que este, no puede ser el argumento de base para pretender el traslado de régimen pensional. Solicita que revoque las condenas en cuanto a retornar a COLPENSIONES, de manera indexada los gastos de administración, seguros previsionales, aportes hechos al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, teniendo en cuenta que no fueron descuentos caprichosos, sino que fueron realizados en cumplimiento de sus deberes, asumiendo los riesgos de invalidez y de muerte, los cuales no pueden retrotraerse, pues la cobertura de dichos servicios ya fueron prestados por parte de PORVENIR S.A., servicios que fueron contratados por terceros de buena fe, que no se llaman en garantía, por lo cual, ordenar devolver esos montos, generaría un perjuicio económico a la entidad.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES**, solicita que se revoque la sentencia y se absuelva a COLPENSIONES, frente a cada una de las pretensiones del demandante, interpuso recurso de apelación frente a la carga de la prueba, citando que en este tipo de procesos, es el demandante quien debe demostrar los vicios de error, fuerza y dolo y no se puede trasladar esta carga a COLPENSIONES, es decir, que es el demandante quien debe demostrar que fue engañado por las AFP, al momento que realizó el traslado de régimen pensional, lo cual no fue probado en el presente proceso, indicó que se debe tener en cuenta que el afiliado es un profesional de derecho y, por lo tanto, tenía conocimiento que podía retornar a COLPENSIONES, faltándole 10 años, para obtener el derecho a su pensión y que además, en el interrogatorio de parte manifestó que su pretensión era económica. Solicita que COLPENSIONES, no sea condenada en costas, pues se produciría un detrimento patrimonial al fondo.

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 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.

Por último, la parte actora solicita se confirme la sentencia de primera instancia toda vez que el fondo que tuvo a su cargo el traslado de régimen pensional del demandante lo logró acreditara lo que con tanta vehemencia afirmó en la contestación de la demanda; es decir, no aporto ningún medio probatorio que sirviera de fundamento para su afirmación de haber dado un debido cumplimiento al deber de información frente al accionante durante la etapa precontractual

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 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 PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si la ineficacia declarada vulnera la estabilidad financiera del Sistema pensional; iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración; iv) si procede declarar la prescripción, frente al cobro del 3% destinado para la comisión de Administración y para financiar las primas del seguro previsional de conformidad con lo establecido en el artículo 488 del Código Sustantivo de Trabajo, en armonía con el artículo 151 del Código Procesal Laboral.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 6° de agosto de 2020 (fl. 84 - 89 archivo 03) y su respuesta el 20 de agosto de la misma anualidad (fl. 92 -94 archivo 03).

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 perdida 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. 11001310502820130062601, 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 especifico 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.

Dicho lo anterior, se advierte que se encuentra acreditado dentro del plenario que: i) el demandante nació el 28 de enero de 1960 (fl. 70) archivo 03); ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 13 de marzo de1986 y el 30 de septiembre de 1994, cotizando 281,43 semanas (Folios 1 – 4 Archivo 5 Historia Laboral); iii) que el 29 de septiembre de 1994, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colmena hoy Protección S.A., con fecha de efectividad desde el 1° octubre del 1994, (fl 34 – 37 Archivo 02), posteriormente se trasladó a ING, el día 1° de abril de 2000, con fecha de efectividad 1° abril de 2000, por último, se trasladó a Porvenir S.A. el 1° de octubre de 2003, con fecha de efectividad 1° de diciembre de 2003, administradora en la que actualmente se encuentra vinculada, según la historia laboral aportada por dicha AFP, con 1130 semanas (Folios 118 –133 Archivo 003).

Por otra parte, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para el año 1994, cuando se encontraba trabajando en la Fiscalía General de la Nación, como asistente, llegaban a la oficina asesores de PROTECCION S.A., quienes hacían unas reuniones cortas y de manera general, en el pasillo, en la cafetería, quienes les indicaban las bondades de los Fondos Privados, donde tendrían más y mejores garantías que en el Fondo Público, que para ese entonces era el Seguro Social, que las mesadas pensionales serian una o dos veces más que en el ISS, indicó que en esas reuniones les entregaban los formularios de manera general, sin brindarles mucha información sobre las verdaderas incidencias o consecuencias del cambio de régimen, que fue una información muy deficiente y escasa, que fueron los asesores quienes le diligenciaron toda la información del formulario, que el únicamente lo firmo y se cambió de régimen, pensando que no se podría pensionar con el ISS y que con el RAIS, tendría una mejor pensión. Expresó que no le explicaron las diferencias de cómo funcionaban los dos regímenes, no le informaron que, en caso de fallecer, la pensión se la otorgarían a sus familiares; que, si le indicaron que las semanas que había cotizado en el ISS, serian tenidas en cuenta en el RAIS, para obtener la mesada pensional, que los aportes irían a una cuenta individual y con los rendimientos de los mismos, tendría una mejor mesada pensional. Expuso que para el año 2003, se trasladó a PORVENIR S.A., porque los asesores le seguían entregando la misma información, que, en los Fondos Privados, tendría una mejor mesada pensional que en el Fondo Público y los rendimientos financieros en este fondo eran mejores que en PROTECCIÓN S.A. Por último, informa que desea cambiarse al RPMPD, porque se dio cuenta que los Fondos Privados, no le dieron la debida información en su momento y al consultar la mesada pensional que obtendría en el RAIS, se da cuenta que con esta no podría continuar con el mismo nivel de vida que tiene actualmente.

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 Colmena hoy Protección 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 al señor JOSE LUIS ORTIZ PEREZ, 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.

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 Colmena hoy Protección 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 el señor JOSE LUIS ORTIZ PEREZ, 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.

De ahí que, existió error de hecho cuando Colmena hoy 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 el actor a COLMENA HOY PROTECCIÓN S.A., el 29 de septiembre de 1994, la cual tuvo fecha de efectividad el ° octubre del 1994, mucho menos una ratificación tácita del traslado de régimen pensional, pues los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras del régimen de ahorro individual ni la asesoría brindada de manera extemporánea, convalidan el acto de traslado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL5686-2021).

En suma, tal como lo dedujo el a quo no se aportó ningún argumento probatorio que llevara a la conclusión que la asesoría se brindó en los términos reseñados por la jurisprudencia.

Falta al deber de información que no se convalida en ningún momento con la suscripción del formulario de afiliación, pues como se indicó, la simple rúbrica o autorización en una pre- forma que contienen una leyenda referente al consentimiento, no suple el deber material de efectivamente instruir al usuario de forma tal que se genere un panorama real de las condiciones pensionales que abandona y los requisitos que debe satisfacer para beneficiarse de las ventajas y virtudes del régimen al que ingresa (CSJ SL 1948 de 2021)

Como tampoco se presenta una anuencia o convalidación de traslado por la permanencia en el RAIS, ni la recepción de extractos, balances de la cuenta de ahorro individual, en tanto se trata de actos que no tienen la capacidad de dotar de eficacia a aquello que nació contrariando las normas de orden público, resaltando que no es dable alegar que el afiliado no es beneficiario del régimen de transición y por tanto las consecuencias del traslado desprovisto de asesoría suficiente no le son aplicables, toda vez que tal deber permea a todos los afiliados al sistema, sin que sea menester que cuente con un derecho adquirido o una expectativa bajo un determinado régimen, en tanto lo sancionado es la falta de información y asesoría sobre las consecuencias del cambio de régimen pensional (al respecto las sentencia de la CSJ SL 1676 de 2022, que se remite a las consideraciones de la SL 2611 de 2020)

Así las cosas, concluye esta colegiatura que la decisión de traslado entre regímenes no se fundamentó en una correcta información sobre las condiciones propias de la accionante, las derivaciones nocivas que implicaría y en general toda la información eficaz y oportuna relevante para el momento en que se generó la migración pensional. Irregularidades que llevan a esta corporación a confirmar la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, pues se desconoció el deber de información suficiente y veraz que deben cumplir los fondos de pensiones que ofrecen la mutación en las condiciones pensionales.

Atendiendo el precedente jurisprudencial expuesto y en razón a la falta de información previa que ilustrará sobre las consecuencias del traslado entre regímenes, se declarará la ineficacia del traslado al RAIS de JOSE LUIS ORTIZ PEREZ.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, por lo demás, ha de indicar esta Sala que COLPENSIONES tendrá la obligación de aceptar la afiliación de la demandante y la totalidad de los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual por parte de PORVENIR S.A., tales como cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora,

primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, con todos sus frutos e intereses, por ser precisamente la consecuencia lógica de la ineficacia del traslado de régimen pensional, en los términos aducidos en las sentencias CSJ sl1421 y sl1688 ambas de 2019 y sl638-2020, sl5292-2021, sl1017, sl1022, sl1125 y sl1497 y sl1501 de 2022,, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 963 y 1746 del cc, pues los efectos que produce la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, por tanto dichos valores deben ser entregados en forma indexada por parte de la AFP con cargo a sus propios recursos, discriminados con sus respectivos valores y con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aporte pagado.

Considera la Sala entonces, 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.

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 los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo de las partes recurrentes 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 noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro

del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido **JOSE LUIS ORTIZ PEREZ** 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: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas **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.** 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

GM

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente
Proceso: 11001220500020220037O 01

SUMARIO ADELANTADO POR JOSÉ AGUSTIN NEIVA RODRIGUEZEN CONTRA DE FAMISANAR EPS

Bogotá, D.C., a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintidós (2022).

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 18 de febrero de 2021, por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ AGUSTIN NEIVA RODRÍGUEZ actuando en nombre propio, promovió solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud, para que FAMISANAR EPS, le reconozca y pague la suma de $8.600.000 por los gastos en que incurrió en la atención de urgencias y la incapacidad de 30 días que le fue negada.

Como soporte fáctico, aseguró que, el 26 de agosto de 2018 acudió a urgencias a la clínica San Ignacio de Bogotá porque había perdido la vista completa de uno de sus ojos, después de esperar en la sala de urgencias por varias horas fue atendido y allí se le informó que su ojo presentaba desprendimiento de retina y que del mismo modo, su otro ojo estaba afectándose, indicándole el médico y sus auxiliares que ya no se podía hacer nada para mejorar la situación, sin que le prestaran la atención adecuada, por tal razón acudió a un médico particular, quién le adelantó el procedimiento que le permitió recuperar la visión del ojo frente al cual tenía perdida y evitó la pérdida de visión del otro ojo, y aunque solicitó a Famisanar el pago de los sufragado, el mismo no le fue devuelto.

CONTESTACIÓN A LA SOLICITUD POR PARTE DE FAMISANAR EPS.

Dentro del término concedido, FAMISANAR EPS dio contestación al requerimiento realizado, indicando que al señor José Agustín Neiva le fueron generadas las correspondientes autorizaciones teniendo en cuenta la patología que padece, con lo

cual se le garantizó el acceso a los servicios de salud contemplados en el plan de beneficios con cargo a la UPC, sin que le fuera negado servicio alguno, como tampoco se ha negado a reembolsarle los gastos en los que incurrió dado que los mismos se solicitaron a través de derecho de petición el cual cuenta con respuesta favorable en su favor; no obstante lo señalado, luego de revisar los soportes que se acompañan a estas diligencias es claro que el usuario no acudió a su IPS primaria y por ende su ingreso a donde le realizaron el procedimiento lo realizó de manera voluntaria y particular, sin que para ello precediera una negación del servicio, sin perjuicio de lo cual recuerda que toda solicitud de reembolso debe realizarse dentro de los 15 días siguientes al alta del paciente conforme lo enseña la resolución 5261 de 1994 en su artículo 14, tornándose la del actor injustificada. De otra parte, en cuanto al pago de la incapacidad, afirma que la última incapacidad corresponde al período del año 2018 por 3 días, de ahí que, al no existir incapacidad radicada en esa EPS, el reembolso solicitado no sea viable. Por último, propuso las excepciones de no procedencia del reconocimiento económico de los gastos sufragados de manera particular, por no cumplimiento de los requisitos de ley. Por todo lo anterior solicita la desestimación de las pretensiones en razón a que cumplió con la asignación de las citas y le generó las autorizaciones para la atención oportuna en los servicios de salud que requería por lo que no hubo negación.

También se solicitó la intervención del médico tratante del usuario, Doctor Boris Bajaire, así como de la Sociedad de Cirugía Ocular SA, quienes respondieron el requerimiento efectuado por la superintendencia informando lo sucedido.

FALLO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Mediante decisión del 18 de febrero de 2021, puso fin a la litis, resolviendo, en lo pertinente, acceder parcialmente a la pretensión formulada por el señor José Agustín Neiva Rodríguez, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4384220 de belalcázar (caldas), en contra de Famisanar EPS; por lo cual ordenó a Famisanar EPS: **i)** la transcripción y liquidación de la prestación económica deprecada, en favor del usuario conforme las reglas establecidas en los artículos 227 y 228 del código sustantivo de trabajo dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia; y, **ii)** el pago de la suma resultado de la liquidación ordenada en el artículo anterior con las respectivas actualizaciones monetarias también dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de esa providencia.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de FAMISANAR EPS impugnó el fallo porque el demandante, frente al pago de la incapacidad, no acudió a la red de atención adscrita a esa EPS para recibir atención en el período del cual pretende el pago de las capacidades, por lo que el pago ordenado no se ajusta a lo dispuesto en el Decreto 780 de 2006 -Artículo 2.1.13.4, que exige que la incapacidad sea expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la EPS a la que se encuentra afiliado. Así, precisado lo anterior, por parte de esa entidad no

existió i) incapacidad, ii) imposibilidad, iii) negativa y justificada o negligencia demostrada, aunado a que la reclamante no ha realizado la radicación o solicitud a la misma, ni existió ordenamiento médico para la práctica del procedimiento realizado lo que hace injustificada su petición, debiendo por tanto revocar el fallo.

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

CONSIDERACIONES

Sea lo primera señalar, que la Sala laboral de esta Corporación tiene competencia para dirimir el fondo del presente asunto, pues en virtud del artículo 116 de la Constitución Nacional, la Superintendencia Nacional de Salud fue investida de funciones jurisdiccionales por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1949 de 2019 artículo 6 disponiéndose para estos efectos, el procedimiento establecido en el artículo 148 de la Ley 446 de 1998, modificado por el artículo 52 de la Ley 510 de 1999[1].

Ahora bien, de acuerdo a lo establecido en el artículo 66 A del CPTSS, teniendo en cuenta la sentencia de Primera Instancia y el recurso presentado por la demandada, considera la Sala, que el problema jurídico se contrae a determinar si procede la transcripción, liquidación y pago de la incapacidad ordenada en favor del señor JOSÉ AGUSTIN NEIVA RODRÍGUEZ.

DEL PAGO DE INCAPACIDADES LABORALES

El artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, que adicionó el 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionalmente le otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para conocer y resolver controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

En cuanto al reconocimiento y pago de incapacidades, oportuno resulta traer a colación, para mayor ilustración, la diferenciación que de manera concreta y breve efectuó la Corte Constitucional, en sentencia T-161 de 2019, en la que puntualizó, que:

> *"…el Sistema General de Seguridad Social contempla, a través de diferentes disposiciones legales, la protección a la que tienen derecho los trabajadores*

[1] Sobre el tema se pronunció la Corte Constitucional, al declarar la exequibilidad del citado artículo 41 por los cargos allí estudiados, en sentencia C-119 de 2008, en la que concluyó que *"…las decisiones judiciales de la Superintendencia Nacional de Salud serán apelables ante las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial, como superiores jerárquicos de los jueces que fueron desplazados por la referida entidad administrativa de su función de decidir en primera instancia".*

que, con ocasión a una contingencia originada por un accidente o una enfermedad común, se vean limitados en su capacidad laboral para el cumplimiento de las funciones asignadas y la consecuente obtención de un salario que les permita una subsistencia digna.
Respecto de la falta de capacidad laboral. La Corte ha distinguido tres tipos de incapacidades a saber : (i) temporal, cuando se presenta una imposibilidad transitoria de trabajar y aún no se han definido las consecuencias definitivas de una determinada patología; (ii) permanente parcial, cuando se presenta un disminución parcial pero definitiva de la capacidad laboral, en un porcentaje igual o superior al 5%, pero inferior al 50%, y (iii) permanente (o invalidez), cuando el afiliado padece una disminución definitiva de su capacidad laboral superior al 50%. Sobre el particular, la propia jurisprudencia ha precisado que las referidas incapacidades pueden ser de origen laboral o común, aspecto que resulta particularmente relevante para efectos de determinar sobre quién recae la responsabilidad del pago de las mismas, como se explicará a continuación.
6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen laboral
En cuanto a las incapacidades por enfermedad de origen laboral, el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, dispone que las Administradoras de Riesgos Laborales -ARL- serán las encargadas de asumir el pago de aquellas incapacidades generadas con ocasión de un accidente de trabajo o enfermedades laborales, desde el día siguiente a la ocurrencia del hecho o diagnóstico.
(…)
6.1 De las incapacidades por enfermedad de origen común
…en lo correspondiente a la obligación del pago de incapacidades la misma se encuentra distribuida de la siguiente manera:
i. Entre el día 1 y 2 será el empleador el encargado de asumir su desembolso, según lo establecido en el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
ii. Si pasado el día 2, el empleado continúa incapacitado con ocasión a su estado de salud, es decir, a partir del día 3 hasta el día número 180, la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la EPS a la que se encuentre afiliado. Lo anterior, de conformidad con lo previsto en el referido artículo 1° del Decreto 2943 de 2013.
iii. Desde el día 181 y hasta un plazo de 540 días, el pago de incapacidades está a cargo del Fondo de Pensiones, de acuerdo con la facultad que le concede el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, para postergar la calificación de invalidez, cuando haya concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS.
No obstante, existe una excepción a la regla anterior que se concreta en el hecho de que el concepto de rehabilitación debe ser emitido por las entidades promotoras de salud antes del día 120 de incapacidad y debe ser enviado a la AFP antes del día 150. Si después de los 180 días iniciales las EPS no han expedido el concepto de rehabilitación, serán responsables del pago de un subsidio equivalente a la incapacidad temporal, con cargo a sus propios recursos hasta tanto sea emitido dicho concepto.
Así las cosas, es claro que la AFP debe asumir el pago de incapacidades desde el día 181 al 540, a menos que la EPS haya inobservado sus obligaciones, como se expuso en precedencia.
iv. Ahora bien, en cuanto al pago de las incapacidades que superan los 540 días, (…), deben ser asumidas por las entidades promotoras de salud en donde se encuentren afiliados los reclamantes…"

Por su parte, el artículo 121 del Decreto 019 de 2012, establece que: "*El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en*

Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia."

Igualmente, el inciso segundo del artículo 2.2.3.1.1. del Decreto 780 de 2016, modificado por el 3 del Decreto 1333 de 2018, dispone que: *"El pago de estas prestaciones económicas al aportante será realizado directamente por la EPS y EOC, a través de reconocimiento directo o transferencia electrónica en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles contados a partir de la autorización de la prestación económica por parte de la EPS o EOC. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la solicitud del aportante..."*. Mientras que el artículo 2.1.13.4 del mismo ordenamiento enseña: *"incapacidad enfermedad general. para el reconocimiento y pago de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que los afiliados cotizantes hubieran estado acordes por un mínimo de cuatro semanas. no habrá lugar al reconocimiento de la prestación económica de la incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o se encuentren excluidos del plan de beneficios y sus complicaciones".*

Y últimamente, el Código Sustantivo del Trabajo puntualiza en su artículo 227 que, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el {empleador} le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

Son entonces, las reglas anteriormente expuestas, los parámetros que orientan el pago de las incapacidades, bien sea de origen laboral o común.

DEL CASO CONCRETO

Solicita la accionada FAMISANAR EPS., en su recurso, que se revoque la decisión de Primera Instancia y en su lugar se le absuelva del pago de la incapacidad ordenada por cuanto la misma no fue ordenada por un medico adscrito a esa EPS.

Al respecto, advierte la Sala que dentro de la presente actuación se encuentra plenamente acreditada la incapacidad que le fue concedida al usuario por el procedimiento que de manera particular se realizó, la que por demás fue elaborada por un profesional competente (fls 19 y 68), incapacidad que así vista puede catalogarse como producto de una enfermedad general, y que si bien es cierto no fue ordenada por un médico tratante de la EPS o adscrito a ella, dado que no se originó en un tratamiento con fin estético o excluido del plan de

beneficios sino que lo fue con ocasión de la intervención quirúrgica de vitrectomía posterior más inyección de aceite más endolaser de ojo izquierdo, por diagnóstico de desprendimiento de retina, proveniente de una atención de carácter funcional y necesaria; evidentemente la transcripción ordenada por el A quo no riñe en modo alguno con los presupuestos establecidos en la ley para su otorgamiento, máxime si se tiene en cuenta que el beneficiario de la misma cumplió a cabalidad con el pago de su aporte al Sistema General de Seguridad Social en Salud como trabajador independiente, tal y como dan cuenta las planillas que constan a folios 27 y 28 del expediente, luego, el hecho de que no repose en los archivos de Famisanar la solicitud de pago realizada por el afiliado con anterioridad, no tiene la virtualidad de desconocer el cubrimiento de esa contingencia cuando ha sido la propia la ley la que ha previsto la posibilidad de la transcripción de la incapacidad, en los eventos en los que esta ha sido expedida por un médico ajeno a la entidad.

Finalmente, conviene señalar que indistintamente que el médico se encuentre adscrito o no a la EPS, cuando éste presta el servicio médico asistencial al paciente ostenta la calidad de médico tratante, ello porque es quien conoce su condición y tiene la capacidad para adoptar el manejo que, conforme su criterio científico, sea el más adecuado para la rehabilitación o recuperación del mismo, de ahí que es la persona idónea para establecer los días de incapacidad requeridos por su paciente para la recuperación de su salud, por lo que mal se actúa al desconocer dicha circunstancia, sobre todo porque se presume la buena fe al emitir dicho diagnóstico.

En consecuencia, de lo anterior, se confirmará la sentencia de apelada ante la procedencia de la transcripción de la incapacidad expedida al afiliado luego de la realización de un procedimiento de carácter funcional y necesario como se demostró con la historia clínica obrante en el plenario de folios 35 a 55.

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 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de febrero de 2021 dentro del proceso sumario laboral promovido por JOSÉ AGUSTIN NEIVA RODRÍGUEZ contra FAMISANAR EPS, conforme a las razones expuestas, en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

TERCERO: En firme la sentencia, devuélvase a la Superintendencia de origen.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

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: 11001310503920170039701

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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) – Descuentos autorizados

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JUAN MATÍAS VIDAL** en contra de **IBM COLOMBIA & CIA S.C.A.**

ANTECEDENTES

Juan Matías Vidal promueve demanda ordinaria laboral en contra de IBM Colombia & Cia S.C.A., para que previa declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo, se condene a la demandada a reliquidar el último salario promedio devengado, incluyendo todos los factores salariales que le correspondían; al pago de los descuentos ilegales que se le realizaron; al pago de la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, de las vacaciones, de los aportes a pensión junto con los intereses, al pago de las acciones RSU concedidas, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., al pago de las sumas de manera indexada, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, relató que, sostuvo vínculo laboral con la sociedad demandada a término indefinido, cuyos extremos fueron 31 de marzo de 1998 al 30 de septiembre de 2014, habiéndosele terminado el contrato por parte de la empleadora, unilateralmente y sin justa causa, devengando un salario variable, compuesto por un salario integral base de $15.574.000 más comisiones.

Refiere que al momento de la terminación del contrato no se le canceló en debida forma los salarios, y derecho, en su liquidación final, pues no se correspondía a lo adeudado, sin que se incluyera el verdadero salario promedio devengado, pues no se incluyó como factor salarial el pago que por RSU – restricted stock units (sumas reconocidas por la buena gestión) se habían generado en su favor, e igualmente el pago por FEIMB, lo que constituiría factor salarial.

Afirma que la demandada le reconoció en la nómina de septiembre de 2014 por valores de $1.509.430 y $4.075.471 conceptos remunerativos por "premios", que fueron resultado de su labor y gestión; asimismo, que para año 2014 se canceló en el pago efectuado en la nómina, el valor de $11.527.074 por concepto de FEIBM, valores que no fueron tenidos en cuenta al momento de la liquidación final.

Por último, indica que logran advertirse innumerables descuentos efectuados de los salarios, los cuales resultan ilegales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en término dio contestación con escrito de folios 72-107 del plenario, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Frente a los hechos en su mayoría manifestó no ser ciertos o no constarle, salvo los relacionados con la forma en como terminó la relación laboral, y el salario variable devengado por el actor. Propuso la excepción previa de prescripción, y como de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción, inexistencia de causa para demandar, compensación y pago.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2020, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta, absolviendo a la demandada de todas las pretensiones incoadas por el señor Juan Matías Vidal, condenando en costas a la parte actora, y concediendo el grado jurisdiccional de consulta a su favor en caso de no ser apelada.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte actora interpuso recurso de apelación, conforme los siguientes argumentos:

> *"No se discute en nada frente a los descuentos autorizados por el demandante que correspondían a la tarjeta de crédito Amex y al descuento otorgado por tarjeta sim módem de telefonía celular, en eso la decisión del juzgado corresponde a la realidad y de acuerdo a las normas y autorizaciones que allí obraban.*
>
> *En lo que si se hace oposición, y no se está de acuerdo con la sentencia y en su orden, es con las demás pretensiones invocadas en*

la demanda y partimos de la lectura del contenido del artículo 127 del C.S.T.: 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, y paso a seguir al artículo 128, el cual determina que no es salario, pero hay que tener en cuenta para ello que es salario y para ello, la norma dice que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad recibe el trabajador del empleador, como primas, bonificaciones etc, 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. Ni tampoco lo serán los elementos de prestaciones sociales. El artículo 129 habla del salario en especie: Constituye salario en especie toda aquella parte de la remuneración ordinaria y permanente que reciba el trabajador como contraprestación directa del servicio. Ahora bien, parte el juzgado que los emolumentos denominados premios, acciones RSU no son constitutivas de salario, y releva el interrogatorio y confesión que hiciera el representante legal de la demandada, en su interrogatorio de parte que a partir del minuto 18,35 de su interrogatorio determina y explica cuales son las acciones que si tiene la compañía y la forma, una en como se pueden adquirir por parte del trabajador y otras las RUS, que son otorgadas por la empresa IBM, y son otorgadas según el minuto 19,53 de esta audiencia, y del interrogatorio que rinde el representante, por el cumplimiento de metas, es decir, las acciones RSU que ofrece y entrega IBM a sus empleados tiene un común, o una causa de origen, que es el cumplimiento de metas, es decir, se ciñe al trabajo o funciones desplegadas por los trabajadores, quedan entregadas en conjunto o individualmente, en este caso se entregaban individualmente, pues al actor se le reconocían un número de acciones en una cuenta, administrada por un fondo de acciones lógicamente, pero es una compensación o reconocimiento económico que proviene del desempeño del trabajador, que converge con el artículo 127 del C.S.T. Así lo confiesa el representante legal en el minuto 10,53, que lo refiere al cumplimiento de metas, sin embargo el juzgado le resta importancia y le resta valor a esa confesión, para decir que de los documentos traídos por la parte demandante no se deduce que se le haya o no pagado, o se le haya denegado dicho pago, cuando el mismo representante legal, por preguntas que hizo el juzgado, reconoce que el folio visible a folios 43, allí se determina las acciones que le fueron adjudicadas al demandante, es decir, adjudicadas, entregadas, y ese era un reconocimiento económico por sus funciones y eran constitutivas de salario, y al ser constitutivas de salario no se puede condicionar a su pago o no, es como decir, señor yo le pago si usted trabaja en la noche del día sábado, si no lo trabaja, haber laborado, haber desempeñado funciones y obtenido resultado por esas funciones, teniendo las metas y el cumplimiento de metas, le niego el salario, en ninguna parte de nuestra legislación está permitido el no pago de un salario, cuando este se ha causado por origen de una prestación en el origen. Basta la lectura del interrogatorio de parte para establecer que dicha naturaleza del minuto incluso 10,45 del interrogatorio del representante legal, para establecer que tanto los premios que otorgaba la demandada como el

reconocimiento económico a través de acciones, era fruto del desempeño del demandante, no era por mera liberalidad, pues si no se cumplía con las metas, el demandado no lo entregaba, y así lo reconoce el representante legal de la demandada, es por un cumplimiento de metas. Es más, hablando en el conjunto que se entregaba al conjunto de trabajadores, al minuto 21,30 de dicha declaración, el demandante acepta que se dieron por el cumplimiento de tales metas, y que el demandante hacía parte de ese grupo de trabajo, así las cosas, con todo el respeto, raya el juzgado con las vías de hecho cuando desconoce que las RSU, acciones que otorgaba al demandante como reconocimiento de los alcances y desempeños del trabajador y los premios que también otorgaba no son constitutivas de salario, porque emprende la lectura del contrato de trabajo y si se quiere del documento acuerdo de transferencia entre países de la región, en donde excluye salarialmente unos pagos taxativamente y en ellos no se indica que estén incluidas las acciones RSU ni los premios, pero si lo hace de manera general al decir que ahí se establecían unos pagos extralegales o bonificaciones extralegales que no están contenidas en dicho articulado, pero le da el alcance valorativo a dicha normatividad o cláusula, para excluir de factor salarial dichos emolumentos, sin embargo, el artículo 127 no permite que dichos emolumentos sean posibles de ser excluidos, salario es salario, salario es lo que deviene de la prestación del servicio de un desempeño de funciones, y en este cargo, tanto las RSU como los premios otorgados devenían del cumplimiento de metas, que lógicamente viene del desempeño del trabajador en este asunto. Dice el juzgado que los descuentos por el fondo de empleados se ciñen a las disposiciones legales y que existe la creación del fondo de empleados de IBM según de oficio, dice el juzgado, dicha investigación, no obstante lo anterior, apréciese que la demandante, la demandada, no aportó documento alguno referente, salvo el de autorización de descuentos, pero no presentó el documento de protocolización y de la manera sobre como debe realizarse los descuentos con el fondo de empleados, tal como lo prevé la ley, de los fondos, de esta clase de fondos frente al ente pagador, debe existir un acuerdo de protocolos, para efectos de determinar los descuentos, que si bien eran permitidos y autorizados por el demandante, no se hicieron en los porcentajes correspondientes, pues si se observa la liquidación que obra a los folios 40 y 41, por un lado se reconoce un valor por el fondo IBM, y por el otro se hace un descuento y en el pago, frente al pago se hacen los aportes a seguridad social, de la lectura de ese documento se está estableciendo que efectivamente se está reconociendo un dinero, pero se hacen unos descuentos ilegales, que no corresponden a lo que efectivamente demuestra el documento de liquidación y reliquidación final de prestaciones sociales, en ese orden de ideas, queda claro, que la demandada reconocía al demandante una serie de premios o bonificaciones si se quiere, que las partes no pactaron fueran excluidas del salario, como fueran los premios y por las acciones RSU, en ningún documento aparece tal exclusión salarial, es más, en el interrogatorio de parte, el representante legal sostiene a la pregunta tercera, que en un documento adicional excluían del factor salarial las denominadas acciones, esto se puede leer de la pregunta y respuesta número 3 del interrogatorio de parte, pero en ningún momento la demandada, como le correspondía hacerlo, si era el caso, presentar dicho documento donde se excluía de factor salarial las denominadas acciones. El juzgado de oficio solicita a la demandada, determine o traiga al despacho un documento de condiciones en como

se entregaban dichas acciones, y la demandada lo hace, entrega un documento efectivo a partir del 20 de noviembre del 2013, del folio 279 al folio 302. En su traducción oficial, dice, folio 291, términos y condiciones de su compensación en acciones, entrada en vigencia el 20 de noviembre del 2013, obsérvese la contradicción que tiene este documento si se le da valor probatorio, frente a la confesión que hace el representante legal de la demandada, cuando dice que al momento en que se firmó el contrato de trabajo se firmó un documento adicional que excluía las RSU, y se tiene en cuenta que el contrato se firmó en septiembre del 2009, pues la vigencia del documento que obra a folio 291 no corresponde ni guarda congruencia con lo que dice ahí de entrada en vigencia el 20 de noviembre de 2013, sin embargo, la juez le da pleno valor probatorio a dicho documento para entender, que las acciones reconocidas al demandante en un valor determinado, se habían cancelado, por cuanto el contrato terminó antes de que entrara la vigencia o adjudicación, en donde podía compulsar el demandante dichas acciones; dicho documento está abiertamente proscrito, y no corresponde a las manifestaciones que hiciera el representante legal y que deben tenerse como confesión, pues son asertivas y correspondientes a la realidad, amén, que dicho documento de término y condiciones de compensaciones de condiciones de acciones al folio 293 supone que se trata, textualmente dice: este documento le proporciona los términos y condiciones de su compensación adicional a los términos y condiciones contenidos en su contrato de compensación de acciones para compensación específica, es decir, se habla de un contrato, que podría ser el que dice el representante legal que es un documento adicional suscrito entre las partes, sin embargo, dicho contrato que debía ser aportado por la parte demandada, para aclarar la situación, no obran, brillan por su ausencia, sin embargo la juez le da plena validez al documento y tiene contempladas las condiciones allí establecidas.

Obsérvese, que el representante legal de la demandada sostiene en su interrogatorio, que una vez entregadas las acciones, ya eran del trabajador, y si eran de este, la demandada no podía denegárselas, mucho menos cuando tienen connotación salarial, se reitera, la naturaleza de este pago o reconocimiento económico, que es como consecuencia de la prestación del servicio, lo es de naturaleza salarial, y la liquidación final de prestaciones sociales y a la terminación del contrato de trabajo, no se reconocieron, no se pagaron, y no podría tener en cuenta la juez el documento obrante a folio 279 y siguientes, porque no fue suscrito como naturaleza contractual entre las partes, acogiendo la descripción e introducción que se hace a folio 293, y si se quiere a folio 294, en donde determina que significa compensación, las ata al requisito de desempeño, es decir del beneficiario si se quiere, está atada a un requisito y una labor que comprende el artículo 127 del C.S.T., así las cosas, deberá el Tribunal bajo estos apremios y la lectura atenta del interrogatorio de parte del representante legal y del mismo demandante, que concuerdan, hablan de dos tipos de acciones, hablan los dos que convergen y se causa por el desempeño de funciones, por meritocracia y como lo decía el demandante, es decir, es el fruto de un desempeño, no es el fruto aleatorio o de reconocimiento en tareas ajenas a su prestación del servicio, y así lo deberá reconocer el demandante tanto para las acciones como para los premios.

Por último, confunde el juzgado y no da lectura a la contestación de la demanda, frente a los términos en que la demandada ofreció una reliquidación de prestaciones sociales, perdón, de derechos, a la terminación del contrato de trabajo. Dice la demandada al contestar el hecho quinto, que hizo el pago de una liquidación en octubre del 2014 y que posteriormente hizo el pago de una reliquidación proveniente de unas comisiones reportadas adicionales de negocios que se cerraron con posterioridad y cuyo recaudo fue posterior, es decir, habla de unas comisiones recaudadas con posterioridad y por recaudos, pero si se leen y se analizan las pruebas, la última, parámetros de reportes antes de entrar a la liquidación por parte de la empresa, datan de enero 31 de 2014, pero de ninguna de ellas se puede colegir de las visibles a los folios 135 a 253, corrijo, a 256, que denoten que una reliquidación de comisiones por recaudos, por su recaudo, pues lo último que se comprende es un parámetro de reporte al 30 de septiembre de 2014, no hay reportes de octubre, de noviembre o diciembre o posteriores, de donde el juzgado entiende que y atiende la justificación de palabra o de escrito, que hace la demandada por simplemente enunciar que correspondía a un recaudo por comisiones, cuando ni siquiera está probado. Lo que está probado es que la demandada pagó tarde la reliquidación, o reliquidó el contrato y pagó tarde la liquidación final de derechos, y en ese entonces debería el juzgado entrever que no hubo una buena fe, pues ni siquiera el dicho por la demanda fue probado, pues no hay comisiones por recaudo, de esa manera, solamente es la lectura simple de la nómina que presenta, y de los reportes así lo denotan, luego era viable no solamente la reliquidación y pago de una sanción moratoria por la demora en el pago, sino que esta no comprendía en su totalidad todos los pagos que deberían comprenderse como salario.

Observe como el juzgado también pasa por alto la confesión hecha en contestación de la demanda, y dice la demandada al contestar el hecho 7: es importante aclarar al interior de mi representada, que existe un programa relacionado con acciones para empleados "stock options" y programa de compra de acciones por parte de empleadores "employee stock purchase plan", estos programas tienen condiciones, plazos máximos, reglas establecidas por IBM, sin embargo el actor no causó ningún beneficio denominado "restricted stock units", es decir, no corresponden la denominación de las acciones que dice la demandada reconocer, pues hablan de stock options y hablan otras de employee stock purchase , frente a otras que se llaman restricted units que no guardan congruencia, y dice que el actor debe probar sus manifestaciones, y el actor en interrogatorio de parte probó efectivamente que dichas acciones si se generaban, que se generaban como reconocimiento de IBM, que se generaban como consecuencia del cumplimiento de metas, y que al tener el factor salarial, no se le podían restar y desconocer su pago.

Así las cosas, le solicito al H. Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la sentencia en los términos indicados, para en su lugar, reconocer que tanto las acciones RSU, que correspondía al reconocimiento y contraprestación y un pago económico en esa especie, en acciones, los premios otorgados al demandante eran constitutivos de salario, y por ende, merecían en la liquidación final de derechos, y por ende, debería la demandada pagar lo que debía por el reconocimiento de las RSU, pues bien lo dijo el demandante, perdón, bien lo dijo el representante legal en su interrogatorio de parte, que

esas acciones se perdían siempre y cuando el actor se fuera, decidiera irse, así dice desde el minuto 22:30 y siguientes, es decir, no lo supedita, porque sería un exabrupto decir que si la demandada termina el contrato de trabajo por decisión unilateral, entonces en su favor, genera un pago que causado no lo hace, cuando es ella la que genera la causa de terminación y no el demandante, aun causadas y reconocidas las acciones, sería un exabrupto decir lo contrario, decir que no pago para no cumplir las condiciones en que se deben reconocer un pago establecido y más con naturaleza salarial.

Se revoque la sentencia también en el sentido de que los aportes y descuentos realizados para el fondo de empleados, se hicieron de manera ilegal, pues no corresponde a los porcentajes autorizados por el demandante, tal como lo explicó en su interrogatorio de parte, para que se verifique que efectivamente la demandada realizó descuentos y aportes parafiscales, por los pagos que hiciera por el fondo de empleados, sin que existiera prueba de protocolos entre las dos entidades, fondo-empresa como lo determina la ley de fondos de empleados, para hacer efectivos dichos descuentos sin existir dicho protocolo, que lo debe tener la demandada no el demandante, pues no podía el juzgado dar acreditación a la autorización legal de esos descuentos, menos cuando se hicieron en sumas superiores".

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes remitieron alegatos de conclusión, reiterando lo expuesto tanto en la demanda como en su contestación.

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

CONSIDERACIONES

En atención al alcance de la apelación presentada por el apoderado de la parte demandante, le corresponde a esta sala determinará **i)** si las acciones RSU y los denominados premios constituyen factor salarial, **ii)** si los descuentos efectuados por parte del empleador deben considerarse ilegales, y **iii)** si hay lugar al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. Lo anterior, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA RELACIÓN QUE ATÓ A LAS PARTES

No es materia de inconformidad en la alzada la existencia de un vínculo laboral que unió a las partes, el cual terminó por decisión unilateral del empleador.

DE LAS ACCIONES RSU Y PREMIOS COMO FACTOR SALARIAL

Insiste el demandante, en su recurso, en que, las acciones RSU y los premios que eran otorgados por IBM al demandante por el cumplimiento de las metas, son constitutivos de salario, pues, refiere que tienen un común o una causa de origen, que es el cumplimiento de las metas, lo cual

se ciñe al trabajo o funciones desplegadas por los trabajadores, lo cual es una compensación o reconocimiento económico del desempeño de las labores, lo que converge con el artículo 127 del C.S.T.

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.

Mientras que 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.

De las anteriores disposiciones, bien puede afirmarse que las partes tienen la posibilidad de pactar qué sumas extralegales no constituyen factor salarial, estipulación que solo 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.

Al respecto, sostuvo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 14 de noviembre de 2018, con radicación 68303, que:

> *"El artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo otorga la facultad a las partes de acordar que ciertos beneficios o auxilios no posean carácter salarial, «tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad».*
>
> *La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido, de modo insistente, en que esa posibilidad no es una autorización para que los interlocutores sociales resten incidencia salarial a los pagos retributivos del servicio, en tanto que «la ley no autoriza a las partes para que dispongan que aquello que por esencia es salario, deje de serlo» (CSJ SL, 13 jun. 2012, rad. 39475 y CSJ SL12220-2017).*
>
> *Si, con arreglo al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, es salario «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», sumado a que el derecho del trabajo, es por definición, un universo de realidades (art. 53 CP), no podrían las partes, a través de acuerdo, contrariar la naturaleza de las cosas o disponer que deje de ser salario algo que por esencia lo es. Así, independientemente de la forma, denominación (auxilio, beneficio, ayuda, etc.) o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario.*
>
> *Aunque podría surgir una aparente contradicción entre la facultad de excluir incidencia salarial a unos conceptos y a la vez prohibirlo cuando retribuyan el servicio, para la Corte no existe esa oposición. Lo anterior teniendo en cuenta que la posibilidad que le otorga la ley a las partes no recae sobre los pagos retributivos del servicio o que tengan su causa en el trabajo prestado u ofrecido, sino sobre aquellos emolumentos que pese a no compensar directamente el trabajo, podrían llegar a ser considerados salario".*

En el asunto que nos ocupa, de acuerdo a lo establecido en el ordinal octavo del contrato de trabajo, el demandante y la demandada pactaron que: *"(…) La EMPLEADORA ha expedido un MANUAL DE DESCRIPCIÓN DE BENEFICIOS EXTRALEGALES Y EXTRASALARIALES, el cual contiene los requisitos y condiciones que rigen la causación, liquidación y pago de los beneficios que ha creado y mantiene a favor de sus trabajadores.*

A la firma de este contrato, el(la) TRABAJADOR(A) acepta haber recibido de la EMPLEADORA por escrito, copia del MANUAL DE DESCRIPCIÓN DE BENEFICIOS EXTRALEGALES Y EXTRASALARIALES y en consecuencia manifiesta haberlo leído, conocerlo y aceptarlo; expresando su conformidad en el sentido de no ser beneficiario de alguno de estos beneficios en razón a que a ellos no tienen derecho los TRABAJADORES que devengan salario bajo la modalidad de integral.

En los términos del artículo 15 de la Ley 50 de 1990 que modificó el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, las PARTES disponen expresamente que los beneficios extralegales que concede la EMPLEADORA al(a la) TRABAJADOR(A) en virtud de esta cláusula y que se encuentran compilados en el MANUAL DE DESCRIPCIÓN DE BENEFICIOS EXTRALEGALES Y EXTRASALARIALES, así como los que posteriormente le pueda otorgar la EMPLEADORA, no constituyen factor de salario y por tanto no se tendrán en cuenta para el cómputo de prestaciones sociales extralegales, vacaciones o indemnizaciones laborales de las que llegare a ser titular el(la) TRABAJADOR(A).

PARÁGRAFO: Las PARTES dejan constancia respecto a los beneficios mencionados en la presente cláusula que:

A) Son producto de la mera liberalidad de la EMPLEADORA.
B) La lista de los mismos no es limitativa y que por lo tanto la EMPLEADORA los podrá aumentar cuantitativamente o les podrá agregar otros beneficios no contemplados en esta enumeración.
C) La EMPLEADORA los podrá limitar, disminuir o eliminar, parcial o totalmente, en cualquier momento durante la ejecución del contrato de trabajo, previa decisión general de su Junta Directiva. En ese evento, la EMPLEADORA deberá comunicar al(a la) TRABAJADOR(A) por escrito, sobre la eliminación, disminución o modificación respectiva, con no menos de treinta (30) días de anticipación a su efectividad. Efectuada la notificación, únicamente se respetarán y concederán los beneficios que en proceso de causación se causen dentro de los treinta (30) días siguientes (…)".

El representante legal de la demandada una vez absuelto el interrogatorio de parte, manifestó que en la entidad existía un plan de acciones denominado *employee stock purchase plan*, por cuanto es una entidad pública que cotiza en bolsa; que los empleados de IBM tienen derecho a adquirir acciones a un precio diferencial, mediante un documento en el cual se autoriza a la compañía a deducir una porción del salario para la compra de las mismas; que cuando la compañía otorga acciones por mera liberalidad a sus empleados, lo hace bajo algunos condicionamientos o las acciones que una persona adquiere como tienen un precio diferencial, tienen unos condicionamientos antes de que se considere que quedan en cabeza de la persona, y en caso de que los mismos no sean cumplidos, no se pueden hacer efectivas. Que al tratarse lo anterior de un beneficio extralegal que la compañía otorga a sus empleados, se suscribe un documento aparte para que las mismas no se constituyan como salario,

inclusive, que en el contrato de trabajo quedó establecido que todos los beneficios extralegales se excluían del salario. Que existen planes de premios que dependen de planes globales, que no dependen del desempeño del trabajador, pues al ser una compañía que invierte en bolsa, las metas se miden por resultados financieros, no por el cumplimiento de metas específicas de una persona en el ejercicio de su rol; que desconoce los premios que se le dan a cada uno de los 1.200 empleados; que no se descuenta ningún aporte de nómina al fondo de empleados, y refiere que cuando un empleado de IBM se asocia a dicho fondo, autoriza para que por nómina se ahorre una porción de su salario que puede ir entre el 1 al 10% y que se deposita a su cuenta en el fondo de empleados, en calidad de asociado al mismo, la cual es una entidad aparte; que cuando existen logros financieros de la compañía, aquellas personas que han tenido una contribución de ventas, se les otorga un premio que es discrecional de los gerentes nominar a aquellas personas que creen que personifican los valores de la compañía. Refiere que a folio 43 del expediente se encuentran acciones adjudicadas que todavía no pueden ser de libre disposición de la persona, sin que pueda percibir los beneficios de la acción y sin que pueda negociarlas, hasta que se cumplan las condiciones pactadas.

Por otra parte, el demandante en el interrogatorio de parte indicó que durante el último de año de servicios se le otorgó acciones que se adjudicaban en un periodo y se adquirían en un periodo futuro; frente a la pregunta sobre si es cierto o no que en el acuerdo de trabajo y en el acuerdo de transferencia se pactó que los beneficios extralegales que se recibieran no eran constitutivos de salario, indicó ser parcialmente cierto, en cuanto los beneficios están nominados en el contrato de trabajo, y las acciones solicitadas no están incluidas en ninguna de las dos. Que se encontraba afiliado al fondo de empleados de la compañía; que si autorizó a IBM a descontar el 5% con destino al fondo de empleados.

Revisados los comprobantes de pago de nómina, se corroboró que a folio 254 obra prueba de que para el mes de septiembre de 2014 se le canceló al señor Juan Matías Vidal además del salario integral y la comisión integral, un concepto por premios por el valor de $1.509.430 y otro por premios sales eminence especie por valor de $4.075.471, sin que conste en los demás comprobantes de nómina aportados el pago de los mismos conceptos, o que las sumas fuesen canceladas de forma periódica, por lo que, considera la sala que dichos conceptos sin dudad alguna no constituyen salario, pues no puede olvidarse que las bonificaciones o gratificaciones ocasionales no son constitutivas del mismo, máxime, cuando el representante legal manifestó en su interrogatorio de parte que eran los gerentes quienes decidían quienes serían merecedores de los denominados premios, sin que estuvieran obligados a su pago, aunado a que no iban encaminadas a retribuir el servicio prestado.

Adicionalmente, y si bien indicó el recurrente al momento de sustentar la alzada que el representante legal de la demandada efectuó confesiones que no se tuvieron en cuenta, lo cierto es que este manifestó, contrario al recurrente, que los premios no se entregaban por el cumplimiento de

metas específicas, sino por metas de resultados financieros de la compañía, por lo que de ello no puede deducirse que las sumas reclamadas sean constitutivas de salario.

Con relación a las acciones RSU, y atendiendo a las manifestaciones del representante legal frente a que las mismas eran entregadas a los trabajadores, sin embargo, que no serían de libre disposición sino hasta que se cumplieran ciertas condiciones, y si bien obra a folio 43 del plenario un pantallazo de las acciones que manifiesta haber adquirido el señor Vidal, tal y como lo adujo la a quo, no logró demostrarse que los pagos se hubiesen causado o hubiesen ingresado a su patrimonio, pues no obra constancia alguna de ello.

Asimismo, se evidencia a folio 298 del expediente, que dentro de los "*Términos y condiciones de su compensación en acciones: Disposiciones que aplican a tipos específicos de Compensación para todos los países*", se estableció que: "(…) *En el caso que deje de ser un empleado (que no sea a causa de muerte o que esté discapacitado como se describe en la sección 12 del plan) antes de la(s) fecha(s) de otorgamiento establecida en su contrato de compensación en acciones, se cancelarán todas las acciones no otorgadas del capital restringido en virtud de su compensación (…)",* y si bien cuestiona el recurrente la fecha a partir de la cual tiene efectividad dicha documental, la cual es noviembre de 2013, lo cierto es que como se estableció previamente, no existe prueba alguna por parte del actor, de haber cumplido los requerimientos para que quedaran en su poder las acciones, o que hubiesen siquiera ingresado a su patrimonio.

Concluye la sala frente a lo anterior, que no logró demostrar el demandante que las acciones que aduce haber adquirido, hubiesen sido otorgadas para su libre disposición, al cumplir las condiciones que se mencionan previamente, y si bien el recurrente indica que no debe dársele credibilidad al documento en cita, lo cierto es que el mismo no fue tachado de falso, por lo que debe dársele completo valor probatorio.

Así las cosas, y, comoquiera que, ninguno de los conceptos alegados por el demandante como factor salarial, fueron reconocidos por la demandada, como retribución directa del servicio, se confirmará la decisión de primera instancia.

DE LA ILEGALIDAD DE LOS DESCUENTOS REALIZADOS POR PARTE DEL EMPLEADOR AL FONDO DE EMPLEADOS IBM DE COLOMBIA

Al respecto, es importante indicar que entre las prohibiciones establecidas a los patronos se consagro por el Legislador en el artículo 59 numeral 1 del C.S.T., dice; *"Deducir, retener o compensar suma alguna del monto de los salarios y prestaciones en dinero que corresponda a los trabajadores, sin autorización previa escrita de éstos para cada caso, o sin mandamiento judicial…".*

De otro lado, el artículo 149 del C.S.T. hace referencia a los descuentos prohibidos, en donde se expresa;

> *"1. El empleador no puede deducir, retener o compensar suma alguna del salario, sin orden suscrita por el trabajador, para cada caso, o sin mandamiento judicial. Quedan especialmente comprendidos en esta prohibición los descuentos o compensaciones por concepto de uso o arrendamiento de locales, herramientas o útiles de trabajo; deudas del trabajador para con el empleador, sus socios, sus parientes o sus representantes; indemnizaciones por daños ocasionados a los locales, máquinas, materias primas o productos elaborados o pérdidas o averías de elementos de trabajo; entrega de mercancías, provisiones de alimentos y precio de alojamiento.*
>
> *2. (…)*
>
> *3. Los empleadores quedaran obligados a efectuar oportunamente los descuentos autorizados por sus trabajadores que se ajusten a la ley. El empleador que incumpla lo anterior, será responsable de los perjuicios que dicho incumplimiento le ocasione al trabajador o al beneficiario del descuento".*

De lo anterior, se puede extraer que la simple autorización global que el trabajador otorgue a su empleador para ciertos descuentos o compensaciones no siempre tiene el carácter de ilícita. Es así como, para la respectiva compensación o reembolso al empleador le basta con una autorización escrita y de carácter general por el trabajador, en la que debe constar la naturaleza especifica de los descuentos y la oportunidad o motivos en que se puede proceder a ello.

En el caso concreto, la parte recurrente manifiesta que la empleadora realizó descuentos ilegales con destino al fondo de empleados IBM Colombia.

Al respecto, no puede desconocerse que de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 1481 de 1989, modificado por la Ley 1391 de 2010:

> *"(…) Los fondos de empleados son empresas asociativas, de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas por trabajadores dependientes y subordinados con las siguientes características:*
>
> *Que se integren básicamente con trabajadores asalariados.*
> *Que la asociación y el retiro sean voluntarios.*
> *Que garanticen la igualdad de los derechos de participación y decisión de los asociados sin consideración a sus aportes.*
> *Que presten servicios en beneficio de sus asociados.*
> *Que establezcan la irrepartibilidad de las reservas sociales y, en caso de liquidación, la del remanente patrimonial.*
> *Que destinen sus excedentes a la prestación de servicios de carácter social y el crecimiento de sus reservas y fondos.*

Que su patrimonio sea variable e ilimitado.
Que se constituyan con duración indefinida.
Que fomenten la solidaridad y los lazos de compañerismo entre asociados (…)".

Ahora bien, a folios 20-22 del plenario obra el acuerdo de transferencia entre países de la región SSA suscrito entre IBM de Colombia y Juan Marías Vidal, en el que se evidencia en el numeral 6 lo siguiente:

"(…) CONTRIBUCIÓN AL FONDO DE EMPLEADOS IBM DE COLOMBIA

CUBRIMIENTO:
- *Empleados con contrato a término indefinido o empleados con contrato a más de un año.*

ALCANCE DEL BENEFICIO:

- *Si el empleado ahorra un 5% de su salario (base no integral), IBM aporta otro 5%.*
- *El aporte IBM se abona a la cuenta del empleado así:*

    - *Primer año 20%*
    - *Segundo año 40%*
    - *Tercero año 60%*
    - *Cuarto año 80%*
    - *Quinto año 100% (…)".*

Por otra parte, obra a folio 122 la autorización suscrita por el actor, para que del sueldo que devengaba como empleado de la compañía, se dedujera y pagara por su cuenta al fondo de empleados IBM de Colombia el 5% de su salario mensual como aportes/ahorros por la vinculación que como afiliado mantenía, corroborándose además, como consta a folio 230 comprobante de pago de nómina del mes de enero del año 2014, en el que se le canceló un valor devengado de $11.527.047 por concepto de fondo de empleados IBM anual.

Así, no reposa prueba alguna que demuestre que la entidad demandada efectuó descuentos superiores a lo autorizado, máxime, cuando el apoderado de la parte actora en el escrito de demanda si bien cuestiona la legalidad de los descuentos, en el recurso presentado aduce que no existía prueba de protocolos entre las entidades fondo – empresa, situación que no fue objeto de estudio en el presente proceso, pues tal situación no fue planteada en el escrito de la demanda.

En conclusión, no encuentra esta corporación prueba alguna que demuestre que los descuentos efectuados al fondo de empleados IBM de Colombia, se hubiesen realizado en contra del demandante o superior a los porcentajes autorizados.

DE LA SANCIÓN MORATORIA (ARTÍCULO 65 C.S.T.)

En lo que interesa a la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, se establece que la indemnización por falta de pago si a la terminación del contrato el empleador no paga los salarios y prestaciones debidas, salvo, los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado como indemnización, 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 trascurrido los 24 meses contados desde la terminación del contrato el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o no ha habido pronunciamiento judicial se pagarán intereses moratorios desde la iniciación del mes veinticinco hasta cuando se verifique el pago sobre las sumas adeudadas. En el parágrafo 2 del mencionado artículo se establece que la anterior aplicación es para los trabajadores que devengaren más de un salario mínimo mensual vigente para los demás seguirá en plena vigencia lo dispuesto en el art. 65 del C.P.T. y de la S.S.

De tal modo, como quiera que esta sanción no opera de manera automática, es del caso entrar a verificar, que tal y como lo aduce el demandante, IBM de Colombia & Cia S.C.A. tardó en cancelar la reliquidación al demandante.

Siendo pacifica la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en señalar que, previo a reconocer estar indemnizaciones, es necesario que el Juzgador, realice una valoración de la conducta del empleador con el fin de determinar si se desvirtúa la presunción de mala fe o si, por el contrario, se demuestra que hubo buena fe a pesar de la omisión o retardo; como se advierte en sentencia del 11 de julio de 2000, con radicación 13467, donde la Corte indicó:

> *"La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del patrono.*
>
> *Ello no es nada nuevo, pues en sentencia de 9 de abril de 1959, reiterada en varias oportunidades, tanto por el extinguido Tribunal Supremo del Trabajo como por la Sala de Casación Laboral de la Corte, se ha dicho que, "La sanción por ella consagrada (se refiere al art. 65 del C.S. del T.) no opera de plano sobre los casos de supuestas prestaciones sociales no satisfechas por el patrono, ya que tal indiscriminada imposición de la pena pecuniaria entrañaría aberración contraria a las normas del derecho que proponen el castigo como correctivo de la temeridad, como recíproco del ánimo doloso.*

> *En el asunto que se estudia, se aplicó la norma sin sopesar previamente a la imposición del castigo, si hubo mala fe de la empleadora, pues el Tribunal se limitó a expresar que como no estaba "demostrado que a los demandantes se les haya consignado las cesantías a partir del 15 de febrero de 1997, la empresa se hizo acreedora a la sanción prevista por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, luego se incurrió en la interpretación errónea del citado precepto, porque sin duda lo aplicó automáticamente, si se tiene en cuenta que la conducta de la parte demandada para no consignar anualmente, según se observa, no fue objeto de ningún análisis, al punto que por fuera de aquella imposición se dedicó a rebatir, ya con posterioridad a la liquidación de la condena, los argumentos del a quo, en cuanto éste no aceptó que los demandantes estuvieron en el régimen de la ley 50 de 1990, y nada más."*

Al respecto obra liquidación a folios 40 y 124 del plenario con fecha del 30 de septiembre de 2014, mismo día en que se comunicó la terminación del contrato de trabajo sin justa causa al señor Vidal, por un valor de $286.780.443, y reliquidación visible a folios 41 y 125, por un valor de $30.193.231, los cuales según constancia obrante a folio 126, se cancelaron al demandante el 1 de octubre de 2014 y el 24 de diciembre de la misma anualidad correspondientemente.

Y es que, es claro que la liquidación se canceló al día siguiente de la terminación del contrato, y si bien se efectuó una reliquidación posterior, la misma no fue a solicitud de parte, sino por iniciativa de la empresa, quien le comunicó que en caso de que tuviera inquietud alguna relacionada con el valor de las comisiones finales incluidas en el pago y que generara diferencia a favor, no era óbice para efectuar una segunda reliquidación, sin que se evidencia manifestación alguna del actor.

Circunstancias que, para esta sala, desvirtúan la mala de la demandada IBM de Colombia, exonerándose del pago de las sanciones declaradas, pues aunque efectuó una reliquidación posterior, no lo hizo con el interés de desconocer o defraudar al demandante, resultando acertada la decisión de la juez de primer grado, al absolverla de esta pretensión.

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 25 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario instaurado por Juan Matías Vidal en contra de IBM Colombia & CIA S.C.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente. Inclúyase como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a favor de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

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

WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 11001310502120160047901

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto de 2022, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Luis Carlos González Velásquez y Miller Esquivel Gaitán,

TEMA: Nulidad del Dictamen -origen

SENTENCIA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FREDY ALONSO POLANÍA BERMUDEZ en contra de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ con la integración como litisconsortes necesarios por pasiva de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A. y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

FREDY ALONSO POLANIA BERMUDEZ promovió demanda ordinaria laboral en contra de LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, para que previa declaratoria de que el dictamen médico No. 17329040 es totalmente alejado de la realidad, se anule como tal, y en consecuencia, se acepte el dictamen médico realizado por LA JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DEL META, en donde se determinó que su enfermedad es de origen laboral.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que es empleado público de la Fuerza Aerea Colombiana, desempeñando el cargo de operario de

combustible en la base aérea ubicada en Apiay- Meta desde hace mas de 20 años, debiendo manipular mangueras de combustible de una y media, y dos pulgadas de diámetro, con extensiones de 25 metros de longitud y un peso de aproximado entre los 80 y 120 kilos, lo cual realiza en una jornada de 8, 16, 24 horas, haciendo de 12 a 18 tanqueos diarios, sin contar con pausas activas, presentando desde hace más de 7 años problemas del mango rotador de la extremidad izquierda, el cual no tenía cuando ingreso a laboral, de ahí que médicos tratantes de la Nueva EPS determinaran que el origen de dicha enfermedad era laboral, lo cual también hizo la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del Meta en el dictamen No. 17329040, no obstante la Junta Nacional adujo que era común. (fls. 9-15).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma tanto la demandada como las litis consorte con las que se integró el contradictorio, dieron contestación en los siguientes términos:

LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÒN DE INVALIDEZ con escrito de folios 149-175 se opuso a todas las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con los dictámenes y exámenes médicos manifestando no constarle los demás o no ser ciertos. Propuso las excepciones de mérito denominadas: Legalidad de la calificación expedida 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; Improcdencia de la favorabilidad respecto a la calificación ocupacional: inexistencia de conflicto normativo; 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.

POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., con escrito de folios 237 a 263 aceptó los hechos relacionados con el vínculo laboral del demandante, el cargo y las funciones desempeñadas, no constándole los demás, se opuso a las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe y la genérica

NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD S.A, en su escrito de contestación se opuso a todas las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la notificación del dictamen manifestando no constarle los restantes. Propuso las excepciones que denominó como: Ausencia de responsabilidad de Nueva EPS con los dictámenes expedidos por las Juntas de Calificación, cumplimiento de funciones de la EPS dentro del proceso de calificación de invalidez y la genérica.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES, en su escrito de contestación informó no constarle ningún hecho, se opuso a las pretensiones y planteo 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 I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de junio de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

> *"PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda presentadas por el señor FREDY ALFONSO POLANÍA BERMUDEZ contra la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.*
> *SEGUNDO: NO IMPONER CONDENA frente a las vinculadas POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROSS.A., NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUDS.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES.*
> *TERCERO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES legalidad de la calificación expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez e improcedencia del petitum, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen-carga de la prueba a cargo del contradictor-propuesta por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ; inexistencia de la obligación propuesta por POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.; ausencia de responsabilidad de Nueva EPS con los dictámenes expedidos por las Juntas de Calificación propuesta por la NUEVA EPS S.A. e inexistencia del derecho reclamado propuesta por COLPENSIONES.*
> *CUARTO: CONDENAR EN COSTAS al demandante y a favor de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Liquídense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de $300.000. SIN COSTAS respecto de POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., NUEVA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUDS.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES."*

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación para que sea revocada, porque según el análisis del puesto de trabajo realizado por ARL Positiva, vinculada a este proceso, se tiene probada la exposición del demandante en el cargo de operario especializado de combustible de aviación, puesto que su trabajo lo realizaba en 2 plataformas de aterrizaje una de ellas en una área aproximada de 250 m² y la otra es con alrededor de 150 m², comprendiendo el tanqueo de 12 a 14 aviones promedio diarios y a veces llegaban a ser hasta 30 o 50 naves tanqueadas con mangueras dispensadoras con un diámetro de 10 cm y pesaban aproximadamente 60 a 80 kg, además de las otras tareas como el drenaje en el sistema, en turnos de 8 16, 24 horas, y este ejercicio lo hacía sobre su hombro izquierdo siempre apoyado

obviamente con sus 2 manos con la mano derecha y la izquierda, sin pausas activas, lo cual se corrobora con las fotos, lo cual hizo aproximadamente durante 20 años, siendo esa tarea la que le causó su patología del manguito rotador, y por ello en el mes de junio del 2017 tuvo que ser objeto de cambio de puesto por recomendación médica, por tanto esa actividad es el nexo causal de su enfermedad como lo expresó el médico Jorge Alberto Álvarez, quién está adscrito a la Junta Regional de Calificación de Invalidez y por decreto oficioso del Despacho, indicó que el síndrome del manguito rotador realmente no se da por los turnos específicamente sino por la forma y movimiento y peso, y aunque podía descansar incluso hasta 15 días lo cierto es que el síndrome se dio por la duración en el tiempo de las actividades del nivel de riesgo alto como son movimientos repetitivos de alzar manualmente sobre su hombro izquierdo una manguera de 10 a 20 cm de diámetro con un peso de 80 kg y un arrastre de la manguera sobre su hombro de aproximadamente 25 m del del dispensador del combustible hasta la boca de la nave que recibía el mismo, y por ello él lo calificó como enfermedad de origen laboral basado en la historia clínica y exámenes, razones por las que solicita revocar la sentencia y en su lugar acceder a las súplicas de la demanda en el sentido de que se declare que el dictamen médico No. 17329040 emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez debe ser anulado para en su lugar emitir un dictamen acorde con la realidad.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado de ley, POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., insistió en la confirmación del fallo absolutorios, teniendo en cuenta la prueba documental y la testimonial surtida en la etapa probatoria en donde se analizaron los fundamentos normativos y procedimentales que utilizaron para determinar el origen de las patologías. Los demás guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

El litigio gira en torno a establecer si hay lugar a modificar el 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 ordenar que se emita un nuevo dictamen en tal sentido, como lo precisó con anterioridad la Junta Regional de Calificación del Meta y así lo ratificó en este proceso el peritaje de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca.

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 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 art. 1740 Y 174 del CC[1]

Entonces, aun cuando el señor FREDY POLANIA solicita que se analice por parte de esta instancia, de manera minuciosa, la relación causal entre el estudio de su puesto de trabajo y sus patologías, debe indicarse que tal experticia fue realizada por la aquí demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ según se advierte en el dictamen controvertido que consta de folios 18 a 27 del expediente digital, ello al resolver el recurso interpuesto por Positiva Compañía de Seguros ARL, precisamente al mostrarse en desacuerdo con la calificación de origen profesional que la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DEL META había realizado, de ahí que contrario a lo sostenido por la censura, el dictamen elaborado por la demandada sí hizo se referencia al puesto de trabajo del señor POLANIA al punto de que no sólo efectuó una descripción detallada del mismo (general del trabajo y del puesto de trabajo), sino también de la carga física- análisis biomecánico, concluyendo el impacto de cada labor de cara al tiempo en minutos y el porcentaje del total de la jornada laboral; describiendo igualmente las operaciones, las posturas y los esfuerzos, todo lo cual la llevó a ultimar que el diagnóstico de síndrome de manguito rotador – izquierdo era consecuencia de una enfermedad de origen común; sin que encontrara que frente al hombro derecho se estructura una patología, además que claramente dejo en evidencia que el dictamen objeto de recurso emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, no se había realizado sobre el hombro izquierdo sino sobre el hombro derecho, y por ello expuso, entre otros aspectos, que: *" la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Meta, determinó que la patología: osteoartrosis, probable pinzamiento subacromial, Tendinopatía del supraespinoso sin rupturas, leve bursitis subacromio subdeltoidea y subcoracoidea, tenosinovitis de la porción larga del tendón del bíceps, son de origen enfermedad laboral. la JRCI en su ponencia hace relación a proceso de patología de hombro derecho"; … "para comenzar se hace referencia que la patología a calificar es en hombro izquierdo, lo cual está plenamente sustentado en la Historia Clínica. En hombro derecho no se*

[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."

hace diagnóstico patológico. La Nueva EPS califico patología de hombro izquierdo y ésta fue la que no aceptó la ARL Positiva y por ello fue enviada a la JRCI. la patología es en hombro izquierdo y no en hombro derecho". … "la Junta Nacional Calificará el origen de la patología del hombro izquierdo que fue calificado en primera oportunidad por la Nueva EPS".

En este punto conviene precisar que si bien es cierto la Junta Regional de Calificación de invalidez del Meta, por petición del demandante aclaró el dictamen en el sentido de indicar que *"el trabajador es de dominancia izquierda y utilizó su miembro superior izquierdo para la realización de la tarea durante más de 17 años, subsanando cualquier error en la nominación de la dominancia y uso de su miembro superior izquierdo."* (fls 28 a 30)*, t*al aclaración de ningún modo permite validar las conclusiones a las que arribó en su dictamen, ya que todas ellas se realizaron sobre el hombro derecho tal y como se lee en el informe de ponencia visto a folio 32.

Y tratándose del dictamen pericial practicado al interior de este proceso, según lo manifestado por el Dr. Jorge Alberto Alvarez Lesmes, como miembro de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, que se tuvo en cuenta el historial enviado, las valoraciones por ortopedia y los elementos de entrevista y valoración del paciente, razonando de cara a la exposición de riesgo, que lo que debía considerarse era la postura, la repetitividad y la fuerza, precisando en relación con la repetitividad, que en este caso se presentaba y por tal razón había nexo causal, dado que la misma no se analizó en considerando a su frecuencia - pues siendo así no era repetitiva -, sino porque estuvo expuesto a esa labor por 16 años., reflexión que así vista de suyo excluye tal prueba. (audiencias 44, y 45).

Premisas de las que se puede colegir que el dictamen de la Junta Nacional 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 merito esta Sala para anular la aludida experticia, máxime cuando, como bien lo concluyera la A quo, ni el peritaje emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Meta, ni el decretado de oficio por la A quo como prueba pericial, dentro de esta actuación, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, en los cuales fincó la parte actora su recurso para demostrar el origen profesional del diagnóstico de manguito rotador – izquierdo, no se detuvieron, en su análisis del origen de la enfermedad, a examinar los antecedentes clínicos de aquél que daban cuenta del diagnóstico de fecha 27 de marzo de 2014 RNM DE ARTICULACIONES DE MIEMBREO SUPERIOR: "Conclusión: cambios de **artrosis acromioclavicular.** Disminución del intervalo acromiohumeral por probable pinzamiento del tendón del supraespinoso que representa cambios de tendinosis" *(fl 24).* Y menos aún realizaron el estudio para establecer el riesgo teniendo en cuenta el factor biomecánico asociado con la postura, el tipo de movimiento, la manipulación de la carga y el tiempo de exposición a la situación de riego, como sí lo hizo la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Es así como la demandada expresamente señaló:

Factor biomecánico postural	**Acción del riesgo (movimientos combinados)**	**Factores biomecánicos asociados**	**Duración (h/dia)**
Abducción ó flexión > 90°	Levantar, alcanzar con o sin manejo de cargas. Trabajo con manos por encima de la cabeza Trabajo con codos por encima de los hombros. Levantar carga de 11Kg. Por encima de la cabeza	Ninguno Repetición >1/min. Estático > 3 min. Fuerza > 30% MVC Repetición> 25 veces/día	>4h/día >2h/día
Abducción ó flexión > 60°	Levantar, alcanzar con o sin manejo de cargas. Trabajo con manos por encima de los hombros	Ninguno Repetición >6/min. Estático > 3 min. Fuerza > 30% MVC	6h/día 4h/día

Estudio del puesto de trabajo específico, antecedentes médicos y ordenamiento que regula el tema, que llevó a esa Junta Nacional a concluir que no se identificó factor de riesgo para patología por trauma acumulativo en hombro izquierdo, ya que no se estructura trabajo con movimientos repetitivos, hay trabajo con posturas por fuera de ángulos de confort, no obstante, la frecuencia y duración de las actividades no estructuran factor de riesgo por asociación por posturas y manipulación de cargas.

En tal orden de ideas, al provenir el dictamen cuestionado de autoridad, cuyos integrantes dieron explicación de sus razonamiento tanto al interior del mismo como en las declaraciones aquí rendidas, 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, ya que los dictámenes de las Juntas Regionales de Calificación de de Invalidez del Meta, y de Bogotá y Cundinamarca, resultaron insuficientes para tener por acreditada sus pretensiones.

De tal modo, al haberse desatado desfavorablemente la solicitud de nulidad del dictamen la misma suerte corre la orden dirigida a la elaboración de uno nuevo.

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 decisión proferida el 17 de junio de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por FREDY ALONSO POLANÍA BERMUDEZ en contra de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del recurrente, inclúyase como agencias en derecho la suma de $1.000.000.oo. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

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: 11001310500520160052501

En Bogotá D.C., hoy treinta y un (31) de agosto 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: Reintegro de dineros pagados ordenados por acción de tutela

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **LA SOCIEDAD DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A. FIDUAGRARIA S.A. Y LA SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A. – FIDUCIAR S.A., INTEGRANTES DEL CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM,** el cual a su vez actúa como administrador y vocero del **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIDAS EN LIQUIDACIÓN – PAR** en contra de **SANDRA PATRICIA MELO TARAZONA.**

ANTECEDENTES

Fiduagraria S.A. como vocera del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom promueve demanda ordinaria laboral en contra de Sandra Patricia Melo Tarazona, con el fin de declarar que la demandada se encuentra obligada a reintegrar al PAR Telecom la suma de $87.586.434, en virtud de la Sentencia SU-377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional; ordenar el pago de los intereses moratorios liquidados a la máxima tasa fijada por la Superintendencia Financiera, causados desde el 12 de junio de 2014 y hasta el momento en que se efectúe su pago, y costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, relató que la señora Sandra Patricia Melo era trabajara oficial de la empresa de telecomunicación Telecom hoy liquidada, quien instauró acción de tutela en contra del Patrimonio Autónomo de Remanentes – PAR Telecom ante el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Lórica – Córdoba, solicitando la inclusión dentro del plan de pensión anticipada.

Que mediante sentencia del 1 de septiembre de 2009 el Juzgado 1° Promiscuo Municipal de Lórica – Córdoba tuteló los derechos de la entonces petente, y ordenó al Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom PAR incluir dentro del plan de pensión anticipada a Sandra Patricia Melo, y a pagarle las mesadas correspondientes desde la fecha de su desvinculación real.

Que a su vez, el Juzgado Promiscuo de Familia de Lórica – Córdoba confirmó la decisión de primera instancia, por lo que se procedió a dar cumplimiento a lo dispuesto, y efectuar los pagos ordenados en dichas providencias.

Asimismo, que mediante Sentencia SU-377 del 12 de junio de 2014 la Corte Constitucional revocó los fallos proferidos a favor de la señora Sandra Patricia Melo, y en su lugar, declaró improcedente la acción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Conforme obra a folio 199 del plenario, el juzgado de conocimiento mediante providencia del 18 de septiembre de 2019, dispuso tener por no contestada la demanda, al haber sido allegado el escrito de forma extemporánea.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de enero de 2020, el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. resolvió declarar probada de oficio la excepción de buena fe exenta de culpa, y absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la parte actora interpuso recurso de apelación, conforme los siguientes argumentos:

> *"En primer término, como un paréntesis quería aclararle a su señoría, que primero cuando se presentan los alegatos que hablan sobre el tema de la inmediatez, me refería única y exclusivamente a lo que dijo la corte con relación a la demandada, lógicamente la corte analiza cantidades de cosas y deja claro además en su fallo que para beneficiarse de los regímenes pensionales de Telecom era necesario cumplir con los dos requisitos, el de haber ingresado a Telecom antes del año 92 y encontrarse en el régimen de transición, que es el punto que dio lugar a un reconocimiento sin sustento jurídico de un plan de pensión anticipada que tenía que necesariamente reunir esos requisitos, porque las únicas pensiones que se iban a reconocer bajo el plan de pensión anticipada eran pensiones convencionales, no las pensiones ordinarias, en este sentido aclaro ese punto porque en los alegatos tampoco me voy a poner a hablar de todo lo que había dicho la corte con relación a todos los demandantes, a todas las tutelas que se revisaron, solamente con relación a la señora, por eso hablé de la inmediatez y fue el factor por el cual se revocó la sentencia, y en ese punto la sentencia no entró a hablar si tenía derecho o no a tener el plan de pensión, pero en la tutela si quedó claro, y quedaron claros los dos requisitos, queda claro también que por eso se cayó la tutela, la señora no tenía ese requisito, no cumplía con el*

requisito de estar en el plan de pensión, ella no está en el régimen de transición y por lo tanto esos dineros que se le pagaron, no solo se le pagaron bajo un supuesto de una tutela revocada, sino que además se le pagaron sin tener los requisitos para recibirlos, entonces en ese momento ese fallo también y ese pago se considera un pago ilegítimo.

Frente a la buena fe que es el argumento principal que da el señor juez en su fallo, tendría que decir dos cosas, la señora juez Blanca Rosa, juez de segunda instancia de este fallo fue condenada por la Corte Suprema de Justicia en la Sala de Casación Penal con la radiación 47761 Sentencia SP-13733-2017 con ponencia de la magistrada Patricia Salazar. La demanda fue radicada en el año 2016, entonces todavía no se contaba con una decisión sobre el tema penal que se interpuso ante la Fiscalía, precisamente porque se advirtió que en esos procesos hubo prevaricato, mas claro no puede estar, toda vez que ellos reconocen que esas pensiones se obligan al PAR a pagar, que fue un aspecto que no tuvo en cuenta la sentencia porque el PAR paga esos dineros tampoco por una mera liberalidad, el PAR los paga por una obligación judicial como es un fallo de primera instancia de una tutela, y los tuvo que pagar en virtud a una persona que no reunía esos requisitos y ampliando entonces en la sentencia, como la señora no estaba en régimen de transición, esos dineros se convierten aun mas en un pago ilegal, que por lo tanto solicito al honorable tribunal revisar este punto, porque no solo fue revocada la decisión, sino que además no reunía los requisitos, esto hizo que precisamente el proceso penal fallara en contra de la juez y hay otras personas involucradas, y como se convierte en un hecho nuevo posterior a la radicación de la demanda, solicito que se tenga como prueba para el recurso de apelación y que será aportado ante el Tribunal una vez el expediente llegue allá. Es un hecho nuevo que no se pudo alegar, una cosa es que cuando se presentara la demanda se sabía que había procesos cursando, pero no deja de ser una mera expectativa, no se sabía su resultado. Su resultado viene a ser eficaz, certero, fue una decisión de la corte en el 30 de agosto de 2017, un año después de haberse presentado la demanda, por lo tanto este será el punto sobre el cual, como usted señor juez insistió tanto en que no había prueba, entonces la prueba se aportará en la segunda instancia.

De otra parte, tampoco se analizó el tema de que Telecom tuvo que pagar por la obligación que le implicaba una sentencia a su favor. Con respecto a la buena fe también habría ciertas cosas, la señora no dice que ella no era abogada lógicamente, sin embargo, y lo digo por conocimiento personal, si alguien sabía de los regímenes de Telecom y de los requisitos de Telecom, eran los trabajadores, el sindicato los tenía muy bien seleccionados, y ellos sabían perfectamente en que condiciones podían recibir su pensión de jubilación, y sabían perfectamente que estar en régimen de transición era un elemento esencial, sino perdón, me hubiera pensionado yo, porque yo entré en el año 92. Entonces eso era de conocimiento público. Entonces cuando la gente presentó tutelas para que le ampararan y que le dieran la pensión, tenían la consciencia plena. Para eso no necesitaban ser abogados, eso no era como un factor de debilidad ni un factor de minusvalía de los trabajadores, eran conocedores perfectos, por lo que cuando ellos interponen la acción para que les reconozcan un régimen pensional sin tener los requisitos, lo hacían pescando en río revuelto y tratando de lograr algo. Ahí no hay buena fe. Porque sabían que no tenían los requisitos. Ella dice que era requisito para la indemnización pero también dice que recibió la plata de un solo contado, y está probado en el expediente que fueron seis pagos,

porque era una cuota mensual como una pretensión, entonces si se sabía perfectamente que era por pensión, y si se sabía perfectamente que era una pensión a la que no tenían derecho, como lo dijo usted, la corte si analizó los otros casos, si analizó que requisitos se tenían que tener para adquirir una pensión en Telecom, claro, pese a lo que dicen que en el plan de pensión no se dijo, pero el plan de pensión de Telecom fue una liberalidad para que las personas que estaban beneficiándose de las pensiones de Telecom, del régimen especial no se vieran perjudicadas cuando liquidaron a Telecom, porque el gobierno nacional si tenía pensado liquidar a Telecom, y para que los trabajadores que estaban beneficiados de los regímenes pensionales especiales, no para los que se pensionaban ordinariamente, solo para los que tenían régimen especial (…)".

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Las partes guardaron silencio.

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

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el recurso de apelación presentado por la parte actora, la sala determinará si es procedente ordenarle a la señora Sandra Patricia Melo Tarazona, devolver a la entidad demandante la suma de $87.586.434, en virtud de la Sentencia SU-377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional. Lo anterior, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA SENTENCIA SU-377 DE 2014

Una vez analizada la Sentencia SU-377 de 2014 proferida por la Corte Constitucional, y la cual obra al interior del plenario, pudo constatarse que la señora Sandra Patricia Melo Tarazona presentó acción de tutela, aduciendo que no se encontraba incluida en el PPA a pesar de reunir todas las condiciones necesarias en calidad de funcionaria de Telecom, solicitando que se le reconozca, liquide y cancele la pensión, aunque no se encontraba en el régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993.

Una vez resuelta la acción de tutela por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lorica en sentencia del 1 de septiembre de 2009, se ordenó al PAR a reconocer, liquidar y cancelar a la tutelante las mesadas correspondientes desde la fecha de desvinculación real, hasta cuando se produjera el reconocimiento definitivo de su pensión, con la indexación a que hubiere lugar.

Impugnado el fallo, en segunda instancia el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Lorica lo confirmó, mediante sentencia del 5 de octubre de 2009.

En la Sentencia SU-377 de 2014, la Corte Constitucional al efectuar el estudio de la acción de tutela interpuesta por la señora Sandra Patricia Melo

resolvió que debía declararse improcedente, disponiendo revocar cualquier orden de protección anterior a dicha sentencia, que se hubiera impartido en el proceso de la referencia.

Para llegar a dicha conclusión, estableció que la acción constitucional era improcedente por falta de inmediatez, pues no solo tardó un periodo extenso para la presentación del amparo, sino que se dejaron de aportar elementos de juicio para desvirtuar la impresión inicial de falta de inmediatez. Asimismo, se advirtió que no era una persona de la tercera edad al tener menos de 60 años de edad, y que tampoco se demostró diligencia para solicitar lo que por medio de dicha acción solicitan. Así, no se encontró acreditado que estuviese sometida a fuerza mayor, o que sea desproporcionado adjudicarle la carga de acudir a un juez con prontitud, debido por ejemplo a su estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad o incapacidad física.

DEL REINTEGRO DE LOS VALORES PAGADOS ORDENADOS POR VÍA DE ACCIÓN DE TUTELA

Sea lo primero señalar, que si bien la recurrente solicita que sean estudiadas las condenas impuestas por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Penal a los jueces de Lorica – Córdoba que ampararon los derechos fundamentales de la parte demandada, la sala se abstendrá de su estudio, por cuanto dichas actuaciones no hacen parte del litigio, y en nada interesan a la decisión del reintegro de los valores que fueren pagados por Telecom a la demandada Sandra Patricia Melo, pues lo que realmente deberá estudiarse, es si la pasiva actuó de mala fe, y si es procedente ordenar el reintegro de los valores que le fueron pagados, en virtud de la Sentencia SU-377 de 2014, pese a que el a quo manifestó en la sentencia proferida que el conocimiento de tales actuaciones eran decisivas.

Ahora, refiere la recurrente que en efecto la señora Sandra Patricia Melo Tarazona actuó de mala fe al momento de interponer la acción constitucional en contra de Telecom, con el fin de que se le reconociera, reliquidara y pagara la pensión, pues acudió a dicho mecanismo, pese a que no cumplía con la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación solicitada.

Al interior de los hechos relevantes establecidos en la Sentencia SU-377 de 2014, y al hacerse mención a la demandada, puede verificarse que se relata que acudió al mecanismo constitucional, pese a que no se encontraba en el régimen de transición previsto por la Ley 100 de 1993, argumento principal de la recurrente.

Al absolver la pasiva el interrogatorio de parte decretado de oficio, pudo corroborarse que la acción de tutela fue interpuesta por intermedio de apoderado judicial, quien viajaba a la ciudad de Bogotá a dar asesorías a un grupo de personas, y quien decidió radicar la acción de tutela en Lorica, Córdoba, sin que ello le hubiese generado ningún tipo de inquietud. Asimismo, afirma que recibió un monto total de $87.586.434.

Pese a lo anterior, y si bien considera la sala que conforme el argumento expuesto por la apoderada recurrente no se acredita la mala fe de la actora, lo cierto es que desde el punto de vista fáctico, no hay duda que si las pretensiones de tutela salieron avante en la primera y segunda instancia, al ser revocadas las decisiones anteriores mediante Sentencia SU-377 de 2014, como lo expresó la demandante, no existe sustento jurídico del pago que le fue efectuado, aunado a que como lo estableció la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1432-2020 *"(…) ante la desaparición de la base jurídica del pago, es decir del fallo amparado, surge para el beneficiario la obligación de reembolsar los valores recibidos (…)",* sin que deba entrar a estudiarse el lleno de los requisitos que cumplía la señora Melo al momento de la presentación de la acción.

Así mismo, se trae a colación la Sentencia SL3458 de 2020 de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Mag. Ponente Dra. Jimena Isabel Godoy Fajardo, mediante la cual se resolvió un caso similar, donde se solicitó la devolución de los dineros ordenados por vía de tutela, y que debían ser reintegrados en virtud de la Sentencia SU-377 de 2014, donde se explicó que:

> *"(…) Aunque la disertación que propone el censor es más jurídica que fáctica, para abundar en razones debe mencionarse que no puede fincar un supuesto justo título para no devolver el dinero recibido, en dos sentencias que no tenían carácter definitivo toda vez que, de conformidad con el procedimiento de la acción subsidiaria y residual a la que acudió, existía la posibilidad de su revisión por la Corte Constitucional y, que como ocurrió, fueron seleccionadas y revocadas por esa Corporación en su función de órgano de cierre.*
>
> *Se dice lo anterior, por cuanto las decisiones proferidas dentro del proceso de amparo constitucional, tienen la virtualidad de constituir cosa juzgada solo cuando la Corte Constitucional «adquiere conocimiento de los fallos de tutela adoptados por los jueces de instancia, y decide excluirlos de revisión o seleccionarlos para su posterior confirmatoria o revocatoria» (CC T-185-2013), por ende, aunque inicialmente pudo haber triunfado en sus pretensiones, la revocatoria de las providencias que condujeron al pago de los $291.966.273, dejó sin ningún fundamento jurídico tanto el ingreso como la permanencia de ese dinero en su patrimonio (…)".*

En conclusión, no existe duda para esta corporación que a la accionante le corresponde efectuar la devolución de los dineros, sin embargo, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2318 de Código Civil, el cual establece que: *"(…) El que ha recibido dinero o cosa fungible que no se le debía, es obligado a la restitución de otro tanto del mismo género y calidad.* ***Si ha recibido de mala fe debe también los intereses corrientes*** *(…)",* y al establecerse que no logra corroborarse con total certeza la mala fe de la actora, no se dictará condena alguna frente a la pretensión de los intereses corrientes.

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 proferida el 30 de enero de 2020 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, para en su lugar, **ORDENAR** a la señora Sandra Patricia Melo Tarazona que proceda a devolver la suma de $87.586.434 que recibió del PAR Telecom en virtud de los fallos de tutela proferidos por los jueces de Lorica, Córdoba, conforme las razones expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITAN
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. 11001310501520180055 9-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de agosto 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: Reconocimiento de la pensión sanción.

SENTENCIA

Entonces, procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 28 de julio de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ROSALBA PÉREZ BARÓN** en contra de la **SECRETARÍA DISTRITAL DE HACIENDA Y EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.**

ANTECEDENTES

Rosalba Pérez Barón pretende que se condene a las demandadas a reconocer y pagar la pensión sanción a que tiene derecho, incluyendo todos los factores salariales devengados durante el último año de servicio; que se declare la compatibilidad entre la pensión de vejez reconocida por Colpensiones y la pensión sanción aquí solicitada; al reconocimiento y pago indexado con el IPC, desde la primera mesada pensional y hasta la fecha en que quede ejecutoriada la sentencia; al reconocimiento y pago de los reajustes anuales en las mesadas ordinarias; al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a lo ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, que ingresó a la Caja de Previsión Social Distrital el 18 de abril de 1983, habiendo sido desvinculada de la entidad el 15 de febrero de 1996 sin que mediara justa causa para ello, prestando sus servicios por un periodo de 11 años 8 meses y 236 días en calidad de trabajadora oficial.

Por último, que logró vincularse laboralmente desde el 18 de abril de 1983 hasta el 15 de febrero de 1996, en donde pudo cotizar y obtener la pensión reconocida por Colpensiones mediante Resolución No. 26738 del 2012.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma, las demandadas dieron contestación en término, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Frente a los hechos en su mayoría manifestaron ser ciertos, salvo los relacionados con la calidad de trabajadora oficial que dice haber ostentado la demandante, y el haber sido desvinculada sin que mediara causa legal.

FONCEP propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación solicitada, inexistencia de la obligación – la acreditación del tiempo de servicios o cotizaciones y el reconocimiento de la pensión legal del demandante exigen la pensión sanción y con ello su indexación, incompatibilidad entre la pensión legal por aportes y la pensión sanción pretendida, pago y compensación, prescripción de las mesadas pensionales, y excepción genérica.

LA SECRETARÍA DE HACIENDA DISTRITAL propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva de la Secretaría Distrital de Hacienda, inexistencia de la obligación solicitada, inexistencia de la obligación – la acreditación del tiempo de servicios o cotizaciones y el reconocimiento de la pensión legal del demandante exigen la pensión sanción y con ello su indexación, incompatibilidad entre la pensión legal por aportes y la pensión sanción pretendida, pago y compensación, prescripción de las mesadas pensionales, y excepción genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de julio de 2020, el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Rosalba Pérez Barón, condenando a la activa a las costas del proceso.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La demandada FONCEP remitió alegatos de conclusión en tiempo, haciendo alusión a que el Instituto de Seguros Sociales – ISS reconoció a la demandante una pensión legal de vejez mediante Resolución No. 26738 del 8 de agosto de 2012, teniendo en cuenta el tiempo de servicio prestado a la Caja de Previsión Social del Distrito del 1 de abril de 1984 y hasta el 15 de febrero de 1996, solicitando se absuelva a la entidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo previsto la sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar al reconocimiento y pago de la pensión sanción a favor de la señora Rosalba Pérez Barón, y en caso afirmativo, si la misma resulta compatible con la pensión que devenga la demandante.

PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

No cabe duda para la Sala que la pensión restringida de jubilación contenida en la Ley 100 de 1993 es aplicable a los trabajadores oficiales siempre y cuando se cumplan los requisitos allí establecidos;

"Ley 100 de 1993, artículo 133.

"Pensión sanción*. El artículo 267 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990, quedará así:*

El trabajador no afiliado al sistema general de pensiones por omisión del empleador, que sin justa causa sea despedido después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que dicho empleador lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad si es hombre, o cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produce por despido sin justa causa después de quince (15) años de dichos servicios, la pensión se pagará cuando el trabajador despedido cumpla cincuenta y cinco (55) años de edad si es hombre, *o cincuenta (50) años de edad si es mujer,* ***o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.***

*La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el régimen de prima media con prestación definida y se liquidará con base en el promedio devengado en los últimos diez (10) años de servicios, actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor certificada por el DANE***.**

Parágrafo. 1°- Lo dispuesto en el presente artículo se aplicará exclusivamente a los servidores públicos que tengan la calidad de trabajadores oficiales y a los trabajadores del sector privado.

Parágrafo. 2°- Las pensiones de que trata el presente artículo podrán ser conmutadas con el Instituto de Seguros Sociales.

Parágrafo. 3º- A partir del 1º de enero de año 2014 las edades a que se refiere el presente artículo, se reajustarán a sesenta y dos (62) años si es hombre y cincuenta y siete (57) años si es mujer, cuando el despido se produce después de haber laborado para el mismo empleador durante diez (10) años o más y menos de quince (15) años, y a sesenta (60) años si es hombre y cincuenta y cinco (55) años si es mujer, cuando el despido se produce después de quince (15) años de dichos servicios." (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, la Corte Constitucional en Sentencia **C-891A/06**, acogiendo jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, manifestó que si bien el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, fue derogado por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990 y este a su vez por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, sus efectos siguen vigentes frente a trabajadores cuyo despido o retiro voluntario se produjo en vigencia de la misma o en la Ley 50 de 1990, criterio que se fundamenta en el hecho de que estos aspectos -el despido o retiro voluntario- son los requisitos de causación del derecho, ya que la edad es simplemente un requisito de exigibilidad.

Aunado a ello en Sentencia Rad. 34.070 del 11 de mayo de 2010, se indicó que la edad es apenas un requisito de exigibilidad de la pensión más no de su causación, ya que, el derecho del trabajador nace en el momento del despido injusto o retiro voluntario, después de más de 10 o 15 años de servicio continuo o discontinuo.

De acuerdo a los antecedentes, normatividad y jurisprudencia reseñados, y teniendo en cuenta que no se presentó objeción ninguna por parte de FONCEP respecto a la determinación respecto a que la demandante desempeñaba funciones de trabajadora oficial, se tiene que la desvinculación de la demandante se dio el 15 de febrero de 1996, en pleno vigor de la Ley 100 de 1993 que exige como requisito indispensable, la no afiliación consistente del trabajador a la seguridad social, entonces, para el caso en concreto se tiene que la demandante laboró un total de 12 años, 9 meses y 26 días, cumpliendo los 50 años de edad solo hasta el 17 de noviembre de 2004.

Asimismo, se tiene que la demandante como trabajadora se encontraba afiliada a la Caja de Previsión Social Distrital en los periodos comprendidos del 18 de abril de 1983 hasta el 26 de mayo de 1983, del 1 de junio de 1983 hasta el 8 de julio de 1983, y del 24 de agosto de 1983 hasta el 31 de diciembre de 1995. Posteriormente, pudo verificarse que en el periodo de tiempo comprendido entre el 1 de enero de 1996 hasta el 15 de febrero de 1996, fecha en que feneció la relación laboral, la actora se encontraba afiliada al Instituto de los Seguros Sociales, así las cosas, es claro que el empleador no omitió la afiliación al sistema general de pensiones, y al no cumplirse dicha situación, no hay lugar a reconocer la pensión sanción solicitada, en virtud a un despido que alega la parte demandante.

Inclusive, pudo verificarse que el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 26738 del 8 de agosto de 2012, dispuso conceder la pensión de jubilación por aportes financiada con bono pensional conforme a la Ley 71 de 1988 a la señora Rosalba Pérez Barón, teniéndose en cuenta un total de

4.503 días cotizados al sector público, entre el 18 de abril de 1983 y el 30 de diciembre de 1995.

Lo anterior es suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia por no haberse causado. Las de primera instancia se confirman.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de julio de 2020 por el Juzgado Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Rosalba Pérez Barón en contra de la Secretaría Distrital de Hacienda y el Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones – FONCEP, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado

LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado