



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036201500404

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de septiembre 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: 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 demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ANA DEL PILAR SANCHEZ GAITAN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.**

ANTECEDENTES

ANA DEL PILAR SANCHEZ GAITAN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare que se trasladó del RAIS al RPMPD, el 10 de febrero de 2003, que como consecuencia de lo anterior, se declare, que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD, en cabeza de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES; que se trasladen por parte de la AFP COLFONDOS S.A., a COLPENSIONES, los aportes realizados en el RIAS; que se condene a COLPENSIONES y a la AFP COLFONDOS S.A., a cancelar las costas procesales, incluidas las agencias en derecho y que se le reconozca los pagos distintos a los solicitados cuando hayan sido discutidos y probados, lo mismo que a pagos superiores bajo el principio y poder del Juez de Extra y Ultra Petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 21 de junio de 1959, por lo que para el 28 de enero de 2004, tenía 44 años de edad, indicó que ingreso como afiliada al entonces ISS el 20 de febrero de 1987, señaló que en el mes de noviembre de 1999, se trasladó del RPMPD al RAIS, donde estuvo vinculada hasta el día 9 de febrero de 2003, que el 10 de febrero de 2003, radicó ante el ISS el Formulario de Vinculación o Actualización al Sistema General de Pensiones, solicitando el traslado de régimen, acogiéndose a la amnistía establecida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, expuso que en el formulario de vinculación se encuentra registrada la firma de ella, al lado de la casilla en que consta que la elección del RPMPD, la hizo de forma libre, espontánea y sin presiones, que en el mismo se encuentra la firma del representante legal del empleador, es decir, Hospital La Victoria, que para el día 10 de febrero de 2003, fecha de radicación de la solicitud del traslado hacia el RPMPD, cumplía los requisitos establecidos por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para realizar el traslado de régimen pensional, afirmó que en el mes siguiente a la fecha de solicitud de vinculación, quedó confirmado que la solicitud de vinculación al RPMPD, cumplía todos los requisitos, expresó que tanto el ISS, hoy COLPENSIONES, como la AFP COLFONDOS S.A., no le comunicaron a ella ni a su empleador la ausencia de algún requisito, tal como lo dispone el artículo 12 del Decreto 692 de 1994. Expuso que a partir de la radicación ante el ISS del formulario de vinculación o actualización al sistema general de Pensiones, su empleador, esto es, Hospital La Victoria, efectuó las cotizaciones al ISS, hasta el mes de diciembre de 2003, conforme a reporte de semanas cotizadas expedido por la entidad demandada. Explicó que la anterior situación se dio por el convencimiento que le asistía de que una vez radicado el formulario de afiliación ante el ISS, se encontraba válidamente afiliada al RPMPD, como ha sido su voluntad. Sin embargo, le informaron que la vinculación válida se encuentra con el RAIS, con la AFP COLFONDOS S.A., Arguyó que el entonces ISS, no proceso dentro de los términos de ley, el formulario de afiliación radicado el 10 de febrero de 2003, en el cual hizo expresa su intención de acogerse a la amnistía establecida por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y retornar como afiliada al RPMPD. Indicó que dentro del mes siguiente a la radicación del formulario de afiliación, no recibió la comunicación a que hace referencia el artículo 12 del Decreto 692 de 1994; que el 01 de junio de 2011, radico un derecho de petición ante el ISS, solicitando se realizara la grabación retroactiva del formulario de afiliación radicado el día 10 de febrero de 2003 y que ante la ausencia de respuesta, el 15 de diciembre de 2011, radico una nueva petición solicitando se diera respuesta al derecho de petición radicado el 01 de junio de 2011, que la jefe del Departamento Comercial del ISS, a través de comunicación 0621-1048-12 del 19 de enero de 2012, le dio respuesta a la comunicación informándole la necesidad de radicar un formulario de afiliación acompañado de una comunicación indicando que se acoge a lo dispuesto por la Sentencia C-1024 de 2004, explicó que dicha respuesta por parte del ISS, no guardaba relación con el contenido de los derechos de petición radicados, por lo que el 26 de enero de 2012, radico una nueva petición reiterando la solicitud de validación de la afiliación realzada al RPMPD, a lo que la Gerente Nacional

de Servicio al Ciudadano de COLPENSIONES, a través de comunicación de 13 de agosto de 2013, le informo que, *"consultadas las bases de datos conjuntamente de COLPENSIONES y ASOFONDOS, se procedió a enviar los documentos soportes de su solicitud de traslado de régimen radicado en el ISS el 10/02/2003, a ASOFONDOS con el fin de que se proceda a marcar su traslado del RAIS al RPMPD administrado por COLPENSIONES, por lo cual, su estado quedará corregido a más tardar el día 30 de agosto del presente año, es decir su afiliación quedará en firme en COLPENSIONES"*. Que el 18 de junio de 2014, radico un derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando se active su afiliación en el RPMPD y a través de comunicación BZ2014_4804528 de 18 de junio de 2014, le informaron que la afiliación válida quedo en el RAIS.

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.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, falta de causa para demandar, prescripción, compensación y pago, genérica. (fls. 98 a 116).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar e innominada o genérica. (fls. 236 a 242).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de noviembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante; condenó en costas a la actora, como agencias en derecho la suma de \$100.000 pesos; concedió el grado jurisdiccional de consulta.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la demandante, presentó recurso de apelación, para que sea revocada la misma y se acceda a las pretensiones contenidas en el escrito de la demanda, en los siguientes términos:

Solicitó, tener presente que la actora se trasladó al RAIS el 23 de noviembre de 1999 y que conforme al formulario de afiliación del 10 de febrero de 2003, hizo expresa la intención de retornar al RPMPD, que tanto el decreto 692 de 1994, como la circular 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia, establecen una serie de procedimientos cuando una persona solicita el traslado de régimen, pasos que no fueron cumplidos en ese entonces por el ISS, quien omitió informarle a la AFP, a la cual se encontraba afiliada la demandante, sobre la intención de trasladarse; alego que tampoco a la peticionaria le entregaron respuesta en la que le enseñaran si era factible o no realizar el traslado de régimen, si lo aceptaban o lo rechazaban y la causal del mismo. Solicitó que se tenga presente que según historia laboral emitida por COLPENSIONES, en el periodo del año 2003, el empleador de la demandante, Hospital La Victoria, realizó el pago de los aportes al ISS, argumentó que esa situación que en su momento generó una expectativa legítima de sentirse afiliada al RPMPD, sin embargo, expuso que como dicha situación no se consolidó y dada la confusión por falta de información del asesor de COLFONDOS S.A., en noviembre de 2003, la actora se afilió a la AFP COLFONDOS S.A., ya que, la información brindada por el asesor le generó temor e incertidumbre frente al sistema de pensiones. Reitera al Honorable Tribunal, tener en cuenta que la demandante efectivamente hizo expresa su intención de querer retornar al RPMPD, a través del diligenciamiento del formulario el 10 de febrero de 2003 y en su momento ni COLPENSIONES, ni COLFONDOS S.A., informaron en forma y en tiempo las razones por las cuales se aceptaba o rechazaba la solicitud de traslado. Requirió, para que se tenga en cuenta la comunicación del 13 de agosto de 2013, mediante la cual COLPENSIONES, le informa a la demandante que, se iba a surtir el trámite en forma retroactiva de la solicitud de traslado que en su momento realizó, que tanto así, que le informaron que para fin de mes ya estaría válidamente afiliada a COLPENSIONES. Arguyó, que los anteriores antecedentes le generaron de manera razonable a su poderdante la íntima convicción de que se encontraba afiliada al RPMPD, tal como era su deseo y voluntad. Señaló que el ISS, en su momento tenía la obligación de dar trámite a la solicitud de traslado radicada por la solicitante dentro de los plazos previstos en el artículo 2 del decreto 692 de 1994 y el título 4, de la circular externa 019 de 1998 de la Superintendencia Financiera de Colombia. Pidió, se tenga en cuenta que se echa de menos una respuesta en tiempo del entonces ISS, indicando que en el momento en que la demandante realiza la solicitud de traslado, 12 días después de expedida la ley 100 de 1993, seguramente esta no estaba lo suficientemente socializada, ya que, hubo cambio en los tiempos de permanencia de 3 a 5 años; alego que si a la demandante, el ISS le pone de presente que el traslado realizado no es válido porque el tiempo de permanencia había aumentado a 5 años, seguramente, la demandante hubiera tenido la oportunidad de radicar nuevamente una solicitud para retornar al RPMPD.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES petitiona la confirmación de la sentencia en primera instancia porque la parte recurrente esta incurso en la prohibición legal de retornar al RPMPD, no acredita los vicios del consentimiento, tampoco cumplió con su carga probatoria como lo prevé el artículo 1604 del C.C. además no se pueden imponer cargas adicionales frente al deber de información y la nulidad da lugar a la descapitalización del sistema. Entre tanto, la parte actora, solicita la revocación del fallo en cuanto el fondo demandando no demostró haber satisfecho el deber de información y buen consejo.

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 en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, de negar el traslado de la demandante del régimen ahorro individual administrado por PORVENIR S.A. al de régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones, el 18 de junio de 2014.

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.

Así mismo la ley 797 de 2003, dispone:

“e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez...”

Por otro lado, el decreto 3800 de 2003, en su artículo 1 reza:

Artículo 1°. *Traslado de Régimen de Personas que les falten menos de diez años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.* De conformidad con lo señalado en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, las personas a las que, a 28 de enero de 2004, les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, podrán trasladarse por una única vez, entre el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hasta dicha fecha.

SITUACIONES ACREDITADAS EN EL CASO CONCRETO.

Que la demandante Sra. Ana Sánchez Gaitán se encontraba vinculada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS hoy COLPENSIONES desde el 20 de febrero de 1987, tal como se puede corroborar del resumen de semanas cotizadas actualizado al 4 de abril de 2016 emitido por COLPENSIONES documento denominado historia laboral y aportado por la demandada en archivo designado expediente administrativo, que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de COLFONDOS S.A. el 23 de noviembre de 1999 folio 93 del plenario y realizó nueva solicitud de traslado ante el ISS hoy COLPENSIONES el 10 de febrero de 2003 folio 5 del expediente.

TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL

Existe libertad de escogencia de cualquiera de los 2 regímenes del sistema; prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad, y la posibilidad del traslado, fue establecido en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así:

“b. La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por el artículo anterior es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestara por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado...”

Sin embargo, el literal e de la Ley 797 de 2003 establece una regulación o restricciones para la escogencia de cualquiera de los regímenes; **(i)** exigiendo un tiempo mínimo de permanencia de 5 años en un régimen para poder

trasladarse a otro y **(ii)** que, a partir del primer año de vigencia de la ley, es decir, que a partir del 29 de enero de 2004 un afiliado no puede trasladarse de régimen cuando le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, que a la letra indica:

“Los afiliados al sistema general de pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, estos solo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial. Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez;”.

Ahora bien, la Ley 100 original había exigido 3 años y la Ley 797 de 2003 aumento la permanencia en un régimen para proceder al traslado de régimen.

El texto original del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, determinaba:

“e) Los afiliados al Sistema General de Pensiones podrán escoger el régimen de pensiones que prefieran. Una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, en la forma que señale el gobierno nacional.”.

Contexto ratificado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994 mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, se dijo:

“TRASLADO DE REGIMEN PENSIONAL. *Una vez efectuada la selección de uno de cualquiera de los regímenes pensionales, mediante el diligenciamiento del formulario, los afiliados no podrán trasladarse de régimen, antes de que hayan transcurrido tres años contados desde la fecha de la selección anterior.”.*

DEL PRINCIPIO DE RETROSPECTIVIDAD

En temas relacionados con seguridad social su aplicación se da retrospectivamente frente a normas laborales favorables, pues la aplicación retrospectiva de una norma jurídica permite que se afecten situaciones fácticas y jurídicas que se han originado con anterioridad a su vigencia, pero que aún no han finiquitado al momento de entrar a regir la nueva norma, por encontrarse en curso la respectiva situación jurídica y en relación con la retrospectividad, la H. Corte Constitucional en sentencia de unificación SU 309/19 expuso:

El fenómeno de la retrospectividad, por su parte, es consecuencia normal del efecto general e inmediato de la ley, y se presenta cuando las normas se aplican a situaciones que si bien surgieron con anterioridad a su entrada en vigencia, sus efectos jurídicos no se han consolidado al momento en que cobra vigor la nueva ley. En efecto, la jurisprudencia constitucional ha puntualizado que “el efecto en el tiempo de las normas jurídicas es por regla general, su aplicación inmediata y hacia el futuro, ‘pero con retrospectividad, [...] siempre que la misma norma no disponga otro efecto temporal...’. De este modo, ‘aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma”

Bajo las posiciones jurídicas precitadas, se tiene que las normas proferidas en nuestro ordenamiento jurídico rigen sobre las situaciones jurídicas que acontecen en su vigencia. No obstante, en circunstancias excepcionales, los efectos de las leyes en el tiempo pueden variar. Entre las posibilidades de aplicación de las leyes en el tiempo se han reconocido jurisprudencialmente la retroactividad, ultractividad y la retrospectividad:

*(i) Retro-actividad: “en principio, se configura cuando **una norma expresamente contempla la posibilidad de ser aplicada a situaciones de hecho que se consolidaron con anterioridad a su entrada en vigencia**¹ (...)”.*

*(ii) Ultra-actividad: “consiste en la aplicación de una norma que ha sido expresa o tácitamente derogada, a situaciones de hecho que si bien tuvieron lugar durante su vigencia, en la actualidad se encuentran regidas por una nueva disposición jurídica; de forma que, **si bien la nueva ley es de aplicación inmediata y, por tanto, debería regular las situaciones que se consoliden en su vigencia, resulta admisible el uso de la normatividad anterior con el objetivo de preservar los derechos adquiridos y las legítimas expectativas de quienes se rigieron por la normativa derogada**².”*

*(iii) Retrospectividad: se encuentra desarrollada jurisprudencialmente, “consiste en la posibilidad de aplicar una determinada norma a situaciones de hecho que, si bien tuvieron lugar con anterioridad a su entrada en vigencia, nunca vieron definitivamente consolidada la situación jurídica que de ellas se deriva, pues **sus efectos siguieron vigentes o no encontraron mecanismo alguno que permita su resolución en forma definitiva**”.*

CASO CONCRETO,

De lo anterior, es claro que la demandante estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES antes de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, que para el 23 de noviembre de 1999 se trasladó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, circunstancia que se dio en vigencia de la Ley 100 original, en la que recordemos solo se exigían 3 años de permanencia para el traslado de régimen, posteriormente el 10 de febrero

¹ Ver Sentencias C-181 de 2002, T-060 de 2003, T-389 de 2009, T-110 de 2011 y C-258 de 2013, entre otras.

² Ver Sentencias C-763 de 2002, C-377 de 2004 y T-110 de 2011, entre otras.

de 2003 realizó solicitud de vinculación nuevamente al ISS fecha para la cual ya se encontraba vigente la Ley 797 de 2003 que modifico la Ley 100 de 1993, incrementando la permanencia para el traslado de régimen a 5 años.

No obstante, desde el 23 de noviembre de 1999 fecha del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad hasta la solicitud de vinculación con el ISS el 10 de febrero de 2003, transcurrió 3 años 3 meses y 17 días, por lo que, con anterioridad a la vigencia de la Ley 797 de 2003 ya se había originado una situación concreta, pues al 29 de enero de 2003 había transcurrido 3 años 2 meses y 6 días cumpliéndose con el presupuesto establecido en la normatividad anterior, esto es Ley 100 de 1993 original reglamentada parcialmente por el Decreto 692 de 1994.

En conclusión, en virtud del principio de la retrospectividad de la ley, se deberá aplicar al presente caso el precepto vigente al momento en que se estructuro el supuesto factico, establecido en el literal e) del art. 13 de la Ley 100 de 1993 original, ello al procurar seguridad jurídica frente a las situaciones particulares del caso en concreto, pues no puede olvidarse que para los meses de junio a diciembre de 2003 se realizó aportes en favor de la Sra. Ana Sánchez ante el ISS hoy COLPENSIONES, así reposa en el detalle de pagos efectuados de la historia laboral actualizada al 27 de junio de 2013, allegada por la demandada COLPENSIONES, en la que si bien se deja observación “*No vinculado Traslado RAI*”, lo cierto es que tal circunstancia hizo que la demandante tuviera la certeza de su vinculación y traslado efectivo al régimen de prima media con prestación definida.

En atención a lo expuesto, se procederá a revocará la decisión de Primera Instancia y en su lugar declarar que la señora ANA DEL PILAR SANCHEZ GAITAN se trasladó del RAIS al RPMPD el 10 febrero de 2003 y en consecuencia se condena a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES quien administra el RPMD, quien a su vez deberá recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia del traslado de régimen pensional surtido en esta instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al RPMPD.

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 09 de diciembre de 2021, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ANA DEL PILAR SANCHEZ GAITAN** 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: DECLARAR que la señora **ANA DEL PILAR SANCHEZ GAITAN** se trasladó del RAIS al RPMPD el 10 febrero de 2003.

TERCERO: CONDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A.** a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a recepcionar y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia del traslado de régimen pensional surtido en esta instancia judicial y validar la afiliación de la demandante, al RPMPD.

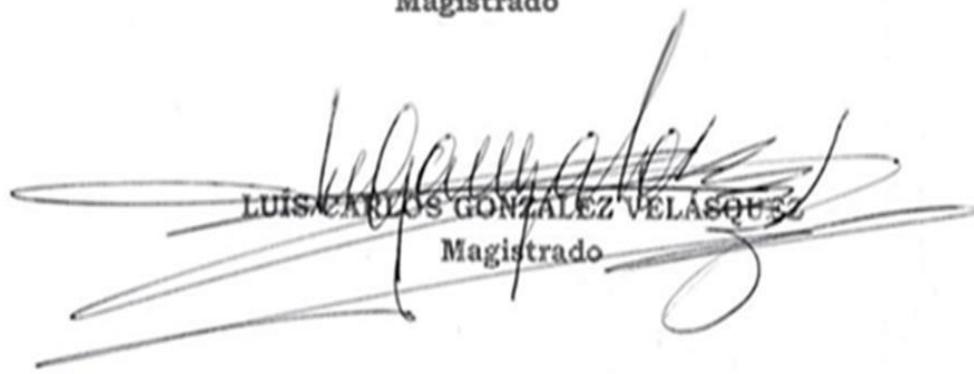
QUINTO: Sin COSTAS en esta Instancia. Se **REVOCAN** las de Primera Instancia, las cuales deberán estar a cargo de las demandadas.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

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: 110013104021201900598-01

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 – indemnización, por falta al deber de información, prescripción.

SENTENCIA

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 08 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARTHA ERLY LUNA RODRIGUEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.** ; 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.

ANTECEDENTES

MARTHA ERLY LUNA RODRIGUEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A., para que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, atendiendo la falta de requisitos legales y la falta de información, bajo la cual se suscribió el formulario de afiliación; que se declare para todos los efectos legales, nunca estuvo afiliada al RAIS y que como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del acto de afiliación al RAIS, se declare vigente y sin solución de continuidad su afiliación al RPMPD; que se declare que COLFONDOS S.A., compromete su

responsabilidad frente a cualquier infracción, error u omisión de sus intermediarios comerciales en desarrollo de las labores de promoción o gestión, con la cual se hubiere realizado la respectiva vinculación, en especial aquellos que impliquen perjuicio a los intereses de los afiliados; que se declare que el intermediario comercial de COLFONDOS S.A., encargado de asesorar el traslado del RPMPD al RAIS, carecía de idoneidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado sobre los regímenes de pensión; que se condene a COLFONDOS S.A., al pago de los perjuicios materiales ocasionados con el traslado de régimen, por lucro cesante, representado en la diferencia mensual existente entre el valor de la mesada que le correspondía en el RPMPD y el valor de la mesada pensional que le corresponde en el RAIS, proyectada hasta su expectativa de vida; condenar a COLFONDOS S.A., al pago de los perjuicios materiales, ocasionados con el traslado de régimen, por daño emergente, representado en todas y cada una de las comisiones por administración que fueron cobradas durante el tiempo que estuvo vinculado con dicho Fondo; condenar a COLFONDOS S.A., al pago de la diferencia en el valor de la pensión, con cargo a sus propios recursos; que se declare que al 01 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia la ley 100 de 1993, acredita más de quince (15) años de servicios o cotizaciones y adicionalmente contaba con más de treinta y cinco (35) años de edad, por lo que tendría derecho al Régimen de Transición; que se declare que tiene derecho a trasladarse en cualquier tiempo del RAIS al RPMPD, conservando para ello, los beneficios del Régimen de Transición; que se declare que tiene derecho a la prestación pensional de vejez establecida en el Acuerdo 049 de 1990; que se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado de Régimen Pensional; que se condene a COLFONDOS S.A, a trasladar a COLPENSIONES, el valor de los dineros por concepto de cotizaciones o aportes, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos financieros que se hubieren causado y gastos de administración, debidamente indexados y que reposan en la cuenta de ahorro individual, sin que se realice descuento alguno por concepto de gastos de seguro de invalidez y sobrevivencia o de deterioros sufridos por el bien administrado, como son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez o cualquier otro concepto; que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 01 de junio de 2013, fecha en la cual causo el derecho prestacional; que se condene a COLPENSIONES al pago de cada una de las mesadas pensionales que se adeudan, se traigan a valor presente, mes a mes, desde el momento en que ha debido pagarse y hasta la fecha en que se haga efectiva la cancelación, teniendo en cuenta para ello el IPC certificado por el DANE para cada uno de los periodos, según corresponda; que se condene a COLPENSIONES, al pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que se condene a las demandadas al pago de las agencias en derecho y a las costas del presente proceso y se condene lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 20 de octubre de 1955, por lo que para la fecha en que interpuso la demanda, contaba con 63 años de edad, que se afilió al ISS el 03 de julio de 1972 y realizó aportes en dicho régimen hasta el 30 de noviembre de 1996; que para el 01 de abril de 1994, fecha para la cual entró en vigencia el Sistema General de Pensiones, contaba con 1.150,29 semanas cotizadas, que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues acredita más de 15 años de cotización al 01 de abril de 1994; que el 01 de junio de 2013, causó el derecho de acceder a la pensión de vejez, bajo el régimen de transición y en el RPMPD administrado por COLPENSIONES; que el 12 de marzo de 1998, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A., cuando fue abordada en su sitio de trabajo por un asesor comercial de la AFP COLFONDOS S.A., indicando que para la fecha de afiliación, el asesor no ostentaba las calidades que exige el artículo 4 del decreto 720 de 1994, esto es idoneidad, honestidad, trayectoria, especialización, profesionalismo y conocimiento adecuado para la labor de ofrecer una afiliación de pensiones, quien además no le suministró información suficiente, mínima y necesaria, que le permitiera a través de elementos de juicio claros y objetivos, la toma de una decisión objetiva que se ajustara mejor a sus intereses, de conformidad con elementos de juicio en concreto respecto de su situación pensional, no le señaló y menos aún tuvo en cuenta al momento de ofrecerle el traslado de régimen que era beneficiaria del Régimen de Transición, teniendo en cuenta que acreditaba 1.150,29 semanas de cotización para el 01 de abril de 1994, omitiéndole información objetiva, quien para la fecha de traslado había contribuido con más del 100% de cotizaciones al sistema de pensiones, las cuales le hubiesen permitido pensionarse en el RPMPD a través del Régimen de Transición; que atendiendo la falta de información por parte del asesor comercial de la AFP COLFONDOS S.A., y sin recibir ningún tipo de explicación racional, clara y objetiva de todos y cada uno de los efectos jurídicos que enfrentaría por su traslado al régimen suscribió el formulario de vinculación al RAIS; indicó que el deber de información impone a las entidades vigiladas, como lo es el fondo demandado, entre otras cosas *“suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de los elementos de juicio claros y objetos, escoger las mejores opiniones del mercado.”*; que COLFONDOS S.A., nunca le dio a conocer las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, menos aún que era beneficiarla del Régimen de Transición, igualmente tampoco suministró la información suficiente, amplia, completa y comprensible correspondiente al RAIS; no le realizaron comparación entre los beneficios del RPMPD y los del RAIS, a que tiene derecho, ni se indicaron sus ventajas y desventajas, así como las consecuencias jurídicas de su traslado, como tampoco se proporcionó información relevante que le permitiera escoger en ese momento la opción más favorable a su situación pensional; que las diferentes situaciones a las que se vería expuesta y que a todas luces eran perjudiciales en cuanto a semanas cotizadas, monto de la cuenta de ahorro individual, valor de la

pensión en uno y otro régimen y posible edad de pensión, en consideración al Régimen de Transición al que tiene derecho, nunca le fueron informadas, ni detalladas de forma verbal o escrita por parte del asesor comercial de la AFP COLFONDOS S.A., al momento en que se surtió el traslado de régimen pensional. Informó que el 23 de febrero de 2013, COLFONDOS S.A., le reconoció una pensión de vejez, en cuantía inicial de \$3.020.218, en la modalidad de retiro programado,; que mediante calculo actuarial efectuado por contadora pública, se procedió a realizar la proyección de la pensión, como si hubiese seguido afilada al RPMPD, teniendo en cuenta para ello el Artículo 21 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990, atendiendo a que tiene derecho al Régimen de Transición, tomando como fecha última de cotización el 30 de mayo de 2013; Que efectuadas las fórmulas correspondientes, se concluyó matemáticamente que la mesada pensional en el RPMPD para junio de 2013 arroja un valor de \$4.154.933,67, que la diferencia que arroja la mesada pensional en el RAIS en la modalidad de retiro programado que actualmente devenga, contra la liquidación de la pensión de vejez en el RPMPD al cual se encontraba afiliada antes de ser traslado, nunca fue advertido por el asesor comercial de la AFP COLFONDOS S.A., indicando que la AFP COLFONDOS S.A., le ocasionó un perjuicio, representado en la diferencia existente entre el valor de la pensión que pudo haber sido reconocida en el RPMPD y el valor de la pensión que actualmente se le está reconociendo en el RAIS administrado por COLFONDOS S.A. y que atendiendo el número de semanas cotizadas al 01 de abril de 1994, se puede trasladar de régimen de pensiones en cualquier tiempo.

Finalmente, señaló que el 11 de julio de 2019, radicó ante COLPENSIONES el formulario de afiliación al sistema general de pensiones, para cambio de régimen, la cual fue rechazada mediante comunicación del 17 de julio de la misma anualidad, indicándole que ya se encontraba pensionada; que el 20 de agosto de 2019, radico ante COLPENSIONES, reclamación administrativa y el 21 de agosto de la misma anualidad, la entidad le informó que no accedería a lo solicitado en la medida que figuraba como pensionada.

CONTESTACION DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO 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 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, innominada o genérica (fls. 69 a 89).

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.

Solicitó, la vinculación como Litis Consorte Necesario, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por cuanto dicha entidad procedió al reconocimiento y pago del bono pensional al que tenía derecho la demandante y el cual se encuentra redimido y acreditado en la cuenta de ahorro individual y son dineros con los cuales se financia la pensión de vejez que goza la demandante. (fls. 110 a 122).

Por otra parte, el 21 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, admitió demanda de Reconvención, interpuesta por COLFONDOS S.A., en contra de la señora MARTHA ERLY LUNA RODRIGUEZ, en la que solicita que no es procedente que se declare la pretensión de ineficacia y/o nulidad del traslado que realizó del RPMPD al RAIS y que en el evento de declararse la nulidad de la vinculación y autorice el traslado de régimen pensional, se condene a la demanda a reintegrar a COLFONDOS S.A., las sumas de dinero debidamente indexadas, que dicha entidad le ha cancelado por conceptos de mesadas pensionales derivadas de la pensión de vejez en modalidad de retiro programado a partir de la fecha del reconocimiento del derecho, esto es, marzo de 2013, hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso y que se condene a la demandada en costas y agencias en derecho.

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público ya cumplió con la emisión del bono pensional de la señora Martha Erly Luna Rodríguez, imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición pensionada de la actora, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera, (fls. 148 a 165).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, negó las pretensiones de la demanda presentada por la señora MARTHA ERLY LUNA RODRÍGUEZ, contra

COLPENSIONES y COLFONDOS S.A; negó las pretensiones de la demandada de reconvención formulada por COLFONDOS S.A., contra la señora MARTHA ERLY LUNA RODRÍGUEZ; declaró probada la excepción de prescripción propuesta por COLFONDOS S.A.; no impuso condena frente a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

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

Manifestó, que el recurso de apelación estaría dirigido única y exclusivamente a la decisión del a quo, de declarar probada la excepción de prescripción, argumentó que el artículo 2513 del Código Civil, establece que el que quiera aprovecharse de la prescripción deberá alegarla, el juez no puede declararla de oficio, igualmente expreso que la excepción de prescripción no requiere de una argumentación o una explicación, pero que COLFONDOS S.A., si explicó cuál era el medio exceptivo, haciéndolo de una manera expresa, concreta y puntual, por lo tanto, no puede el juez declarar de oficio la prescripción hacia unas pretensiones sobre las cuales la defensa a través del medio exceptivo no lo dirigió; por lo que indicó una vez más, que no era posible de manera general irradiar los efectos del medio exceptivo a todas las pretensiones de la demanda sino que debe entenderse que la AFP COLFONDOS S.A., únicamente presento la excepción de prescripción de cara a la nulidad del traslado. Alega, que el mayor sustento de su argumentación es la redacción que se dio al medio exceptivo por parte de COLFONDOS S.A., la cual está íntimamente dirigida y relacionada con lo que denominó nulidad de traslado, es decir, la ineficacia del traslado; arguyó que no hay una sola palabra en la cual el medio exceptivo se hubiere presentado de manera general o se hubiere dirigido de manera específica a la indemnización de perjuicios, indicó que no era posible que el juez reemplazara la tarea del apoderado de COLFONDOS S.A. y declarara la excepción de oficio porque está prohibido por la legislación. Solicitó, que se analice las segundas pretensiones subsidiarias planteadas en la demanda y en ese sentido y al encontrar dentro del informativo la prueba de lo que consiste en el perjuicio ocasionado a la demandante y que no es otro que la diferencia entre la mesada pensional que le reconoció COLFONDOS S.A. versus la mesada pensional que le hubiere correspondido en el RPMPD, concluyendo que dicha diferencia mensual deberá corresponder a la indemnización mediante una proyección de ese valor hasta la expectativa de vida de la actora según lo disponga el DANE, para el momento en que se realice el pago de dicha indemnización.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLFONDOS, peticona confirmar y absolver, a COLFONDOS S.A de las pretensiones de la demandante, ya que se debe señalar que nos encontramos frente a un caso de un PENSIONADO,

en el cual se debe tener de presente que las calidades de afiliado y PENSIONADO ya han sido deslindadas por la Corte Constitucional, precisamente en un fallo con un claro enfoque consecuencia lista.

Por su parte, COLPENSIONES, solicito se revoque el fallo de primera instancia y en consecuencia solicito sea absuelta de todas y cada una de las peticiones que en su contra, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: La afiliación no es un acto unilateral, por el contrario, conlleva a generar obligaciones para ambas partes contratantes, no solo, en este caso para la AFP. Artículo 1495 del CC y en ese sentido el Decreto 2241 de 2010, por el cual se reglamenta El Régimen de Protección al Consumidor Financiero del Sistema General de Pensiones, establece los principios (art 2º) entre los cuales, se encuentra la debida diligencia, transparencia en la información. En su artículo 4º establece los deberes del consumidor financiero

Finalmente la parte actora, implora, revocar la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar no probada la excepción de prescripción, y condenar a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, al pago de la indemnización de perjuicios, por el traslado de régimen, con ausencia total 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 parte demandante, la Sala, deberá determinar, si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia al declarar probada la excepción de prescripción, analizar las segundas pretensiones subsidiarias planteadas en la demanda y en ese sentido si hay prueba dentro del informativo que respalde el perjuicio ocasionado a la demandante, y si hay lugar a la indemnización de la actora pensionada, por la falta al deber de información.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6.º DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante COLPENSIONES, el 20 de agosto de 2019 (fl. 45) y su respuesta el 21 de agosto de la misma anualidad (fls. 52 a 53.)

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

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

persona a la seguridad social.

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

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

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda

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

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, puntualizó:

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

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

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

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

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

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

Ahora bien, además de los presupuestos antes mencionados, ha expresado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado 84475 del 10 febrero de 2021, que para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, el demandante no debe haber adquirido el estatus jurídico de pensionado, pues *“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante), lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”*; razón por la cual, esa Corporación, determinó *“abandonar el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado”*; resaltando que, el pensionado, que se considere lesionado en su derecho puede reclamar la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, indicó:

“...no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. (...)

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe

explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento”

Militan en el plenario, respuesta negativa de COLPENSIONES, a la reclamación administrativa presentada por la actora (fls. 52 a 53); formulario de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y Pensiones Obligatorias COLFONDOS, suscrito el 12 de marzo de 1998, con fecha de efectividad 01 de mayo de 1998 (fl. 163); escrito de reclamación administrativa sobre traslado de régimen radicado en COLPENSIONES (fls. 46 a 48); respuesta de COLPENSIONES. a la solicitud de traslado presentada por la demandante (fls. 50 a 51); historia laboral consolidada de la actora expedida por AFP COLFONDOS. (fls. 39 A 41); expediente administrativo de la demandante por COLPENSIONES (CD fl. 90); consulta SIAF (CD fl. 163); reporte de días acreditados en COLFONDOS S.A. (CD fl. 123 (CD fl. 129); historia laboral para bono pensional (fl. 172 A 178); comunicación del 09 de octubre de 2012, presentada por la actora ante la AFP COLFONDOS, autorizando la emisión de su bono pensional (CD fl. 170). documento de reconocimiento de la Pensión de Vejez a la actora emitido El 23 de febrero de 2013, por la AFP COLFONDOS.

Además, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que para el año 1998, un asesor le explico los beneficios de afiliarse a COLFONDOS S.A., ya que, el ISS se iba a acabar e iba a perder todo el dinero cotizado a dicho Instituto, que la única forma de no perder el dinero era afiliándose a COLFONDOS S.A., manifestó que en vista de lo dicho por el asesor ella firmó el formulario de manera voluntaria, que no leyó los términos y condiciones de la afiliación, que no le informaron que para trasladarse de régimen lo debía hacer antes de faltarle 10 años para cumplir la edad de pensión, no le informaron de la indemnización sustitutiva, ni devolución de saldos, tampoco de las modalidades de pensión, ni la forma de cómo se llegaba al monto pensional, ni del derecho de retracto; indicó que la asesoría duro aproximadamente entre 5 a 10 minutos, donde también le dijeron que se podría pensionar anticipadamente; igualmente expresó que el asesor no le informó que pasaría con la pensión en caso de ella fallecer, ni que se iba a crear una cuenta de ahorro individual a su nombre. Por otra parte, dijo que en el año 2013, cuando ya había cumplido la edad de pensión, radico una solicitud de pensión y se acercó a una oficina de COLFONDOS S.A., que posteriormente, le emitieron una resolución donde le reconocían la pensión, pero que al ver el monto de la mesada, se acercó nuevamente a las oficinas del fondo privado para que le devolvieran mejor su dinero, donde le informaron que ya no se podía hacer nada, que cuando salió la resolución fue que se dio cuenta del valor de la mesada pensional,

que firmo de manera libre y voluntaria el reconocimiento pensional, al ver que ya no se podía hacer nada más; explicó que radico la demanda después de 6 años de estar pensionada, en vista del valor tan bajo con el que se pensionó y cuando conoció a su apoderado quien la asesoró y le informó que podía solicitar un traslado de régimen; expuso que antes del año 2013, no realizó gestiones para regresar a COLPENSIONES, ya que ningún fondo se lo sugirió, indicó que COLFONDOS S.A., le ha pagado puntualmente la mesada pensional desde que se pensionó, aproximadamente hace 8 años.

Así las cosas, del anterior material probatorio puede colegir la Sala que aun cuando la AFP COLFONDOS S.A., no acreditó el cumplimiento de su deber de información, brindándole al demandante información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente acerca de las características del RAIS, las posibles consecuencias que traería esa decisión para su futuro pensional, al habersele reconocido a la actora la pensión de vejez desde 01 de marzo de 2013, por parte de la AFP COLFONDOS S.A., se tiene una situación jurídica consolidada, un hecho consumado que al tenor del precedente jurisprudencial antes citado, no es posible revertir, resultando acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia al negar las pretensiones de esta acción.

De otra parte, entra la Sala a analizar la posible indemnización que le atañería a la actora pensionada, por la falta al deber de información cuando se suscribió el traslado de régimen pensional, por lo que es preciso señalar, que, el pensionado, que se considere lesionado en su derecho puede reclamar la reparación de los perjuicios irrogados por las AFP omisas del deber de información y correcta asesoría, bien a través de la acción principal y directa de indemnización total de perjuicios, o bien de la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional con pretensión subsidiaria indemnizatoria, siempre que, por lo menos, así se plantee en el petitum de la demanda, o en los hechos fundantes de la misma y se haya tenido oportunidad de discutirlos en el proceso, al respecto, la Corte Suprema de Justicia a través de la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, dispuso:

“En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende. Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera

que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora. El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los Radicación n.º 84475 SCLAJPT-10 V.00 19 daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados. En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento. En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.”

Así las cosas, finaliza la sala ultimando que no le asiste el derecho a la señora MARTHA ERLY LUNA RODRIGUEZ, al pago de perjuicios ocasionados por AFP COLFONDOS S.A., y que, analizadas las segundas pretensiones subsidiarias planteadas en la demanda, bien puede concluirse de la valoración probatoria efectuada frente al caso en concreto, que la actora no cumple con los requisitos aclarados por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia **SL 373 del 10** de febrero de 2021.

“concluye la Corte que si un pensionado se considera lesionado en sus derechos por el incumplimiento de la administradora del deber de información, sufriendo por ello un perjuicio o disminución en el monto de su mesada pensional, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora, para lo cual, aclara la Corte, el afectado tendrá un término máximo de tres (3) años para incoar la acción de reparación, contado a partir del momento en que el daño es perceptible o apreciable, es decir, contados a partir del momento en que la administradora le reconoce la pensión.”

Es preciso señalar que en el caso en concreto la AFP COLFONDOS S.A. le reconoció la pensión de vejes a la demandante el 01 de marzo de 2013, y la demanda fue interpuesta por la actora el 04 de septiembre de 2019, evidenciando de esta forma que trascurrieron más de 5 años entre el reconocimiento del derecho pensional y la solicitud de la indemnización por perjuicios a cargo de la administradora. Se concluye entonces que prescribió el termino de tres años.

En suma, es de advertir que los mismos deben ser ciertos y existir plena convicción de la gravedad en el detrimento que deba reparar (SL1637-2022), carga probatoria que no ejerció la actora, ya que no acreditó una conducta

torcida en las administradoras aquí demandadas, que hubiese causado los perjuicios reclamados. lo que hace que resulte acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia al negar las pretensiones de esta acción

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta instancia a cargo del 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 08 de noviembre de 2021, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARTHA ERLY LUNA RODRIGUEZ** 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.

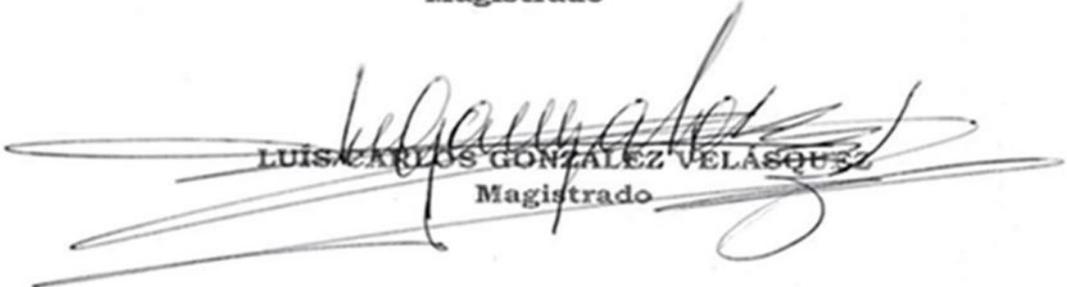
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$500. 000.00., a favor de cada una de las demandadas. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado