



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105027202000058-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 10 de abril de 2023, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JAVIER VILLAMIZAR PINTO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

JAVIER VILLAMIZAR PINTO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., la AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare ineficaz y/o inválido su traslado al RAIS, efectuado a través de COLFONDOS S.A.; que, se declare que las afiliaciones realizadas a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN, COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., no tienen efecto alguno; que, se condene a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del ahorro, bonos, frutos e intereses, que se encuentren en su cuenta individual; condenar a COLPENSIONES, a aceptar el traslado y efectuar su afiliación al RPM, recibiendo los recursos

provenientes del RAIS; que, se conceda lo extra y ultra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, estuvo afiliado al RPM, entre el 04 de enero de 1993 y el 31 de julio de 1995 y del 01 al 31 de julio de 2001; que, perteneció al régimen exceptuado de pensiones de Ecopetrol, del 15 de diciembre de 1997 al 23 de julio de 2000 y del 02 de agosto de 2000 al 15 de julio de 2001; que, en el mes de julio de 2001, ingresó a trabajar a la empresa Manos de Bogotá LTDA, informándole a su empleador que deseaba afiliarse al ISS, para lo cual firmó el formulario de afiliación que se radicó en esa Entidad, el 24 de julio de 2001; sin embargo, apareció afiliado al RAIS, a través de COLFONDOS S.A., a partir del año 2001, sin que recuerde haber firmado ningún formulario de afiliación a esa AFP.

Indicó que, también a partir del 01 de agosto de 2001, figura como afiliado a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.; que, su traslado al RAIS, no cumplió con los requisitos previstos en la ley, además porque, no había cumplido los 3 años mínimos de permanencia en el ISS; explicó que, en el año 2002, representantes de BBVA HORIZONTE, fueron a la empresa donde laboraba y le manifestaron que esa Administradora, tenía un gran respaldo económico y por ende, lo mejor era cambiarse a esa AFP, que era mucho mejor que COLFONDOS, además que, no podría trasladarse al Seguro Social, que creyó en el dicho del asesor y el 08 de febrero de 2002 se cambió a HORIZONTE.

Refirió que, el 21 de abril de 2003, se cambió a la AFP PORVENIR S.A., quien le ofreció una mejor rentabilidad, y por ende, la posibilidad de una pensión más alta; que, el 13 de junio de 2005, se afilió a COLFONDOS S.A., y el 06 de febrero de 2006, firmó formulario de afiliación a SKANDIA S.A.; que, el 22 de septiembre de 2006, se fue a la AFP SANTANDER hoy PROTECCION; que, entre 2007 y 2016, efectuó traslados horizontales entre HORIZONTE, SKANDIA y PROTECCION, hasta que, finalmente el 27 de julio de 2016, se quedó en SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.; que durante ninguna de las distintas afiliaciones que realizó en el RAIS, recibió asesoría sobre las características de los dos regímenes pensionales, nada se le informó respecto a la posibilidad de retornar al RPM antes de los 52 años, tampoco le brindaron información personalizada, donde se le indicara cual sería la opción más conveniente para su futuro pensional.

Que, le solicitó a COLFONDOS S.A., la copia del formulario de su afiliación inicial, a lo que ésta le respondió que no lo había encontrado, presentando la respectiva denuncia penal por su pérdida; que, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, le informó que podría tener una mesada pensional de \$2.321.000 sin efectuar aportes futuros o de \$4.566.000 con una fidelidad de cotización del 100%; que, el 21 de enero de 2019, radicó ante COLPENSIONES, solicitud de nulidad o ineficacia de su afiliación al RAIS, por existir engaño y omisión en la información, petición que le fue negada el 29 de julio de 2019 (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLFONDOS S.A., 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la accion para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica; ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (Archivo 03).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, formuló las excepciones que llamó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la accion laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 04).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la accion de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Archivo 05).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, alegó en su defensa las excepciones denominadas inexistencia de la Obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los Recursos Públicos y del Sistema General De Pensiones; reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir y AFP Skandia (Archivo 08).

Por auto del 18 de enero de 2023, se tuvo por no contestada la demanda por parte de **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** (Archivo 14).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de abril de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del señor JAVIER VILLAMIZAR PINTO del RPM al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS efectuados el 1 de agosto de 2001 y el 13 de junio de 2005 y los que efectuó a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.; condenó a SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, 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, ni primas de seguros previsionales; condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esas Administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos.

También ordenó la *a quo*, a COLPENSIONES afiliar nuevamente al actor al RPM, recibir las sumas provenientes de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de **COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su totalidad la sentencia de Primer Grado, toda vez que, no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, siendo COLPENSIONES, un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados por el demandante y las AFP vinculadas al proceso; que, si los actos jurídicos solo producen efectos interpartes, COLPENSIONES, no puede verse perjudicada con la decisión impugnada, ya que nada tuvo que ver con la decisión que tomó el actor, de trasladarse de régimen pensional; que, recibir al demandante, en el RPM, afecta gravemente el equilibrio financiero del Sistema pensional, ya que, estas condenas afectan la reserva pensional de esa Administradora; que, en caso de confirmar la sentencia, deben estudiarse los posibles perjuicios económicos que esto ocasionaría a COLPENSIONES,

atendiendo que, quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero que nada tuvo que ver con él.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó revocar el fallo de Primera Instancia y negar las pretensiones del demandante, quien se encuentra válidamente afiliado al RAIS y ya no puede retornar al RPM, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; y *iv)* si por la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, se deben reconocer perjuicios a favor de COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

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

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

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

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la

*aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca</i>

		<i>de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 19 de junio de 1966; reporte de semanas cotizadas por JAVIER VILLAMIZAR PINTO en COLPENSIONES, donde consta que, cotizó al RPM del 04 de enero de 1993 al 31 de julio de 1995 y del 01 al 31 de julio de 2001; certificación de tiempo de servicios prestados por el actor a ECOPETROL; formulario de afiliación al Seguro Social de fecha 24 de julio de 2001, historia laboral consolidada de OLD MUTUAL; reclamaciones radicadas por el demandante ante las accionadas, con sus respectivas contestaciones; constancia de pérdida de documentos de la Policía Nacional, correspondiente a la denuncia presentada el 16 de septiembre de 2019, por COLFONDOS S.A., “Teniendo en cuenta el proceso de verificación física realizada el 16/09/2019 en las instalaciones del proveedor de archivos ATS gestión documental CALLE 67 se identifica como documento faltante la afiliación a pensión obligatoria con número de cédula: 91244763 y con número de solicitud fecha de inscripción 20010801 con número de carpeta 867972 y no fue ubicada en su lugar de almacenamiento...”; distintos formularios de vinculación o traslados realizados por el actor, en el RAIS; expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES; certificación expedida por la AFP PORVENIR, con la relación de afiliaciones y traslado de

aportes realizados por el actor ante esa Administradora; relación histórica de movimientos y aportes de la cuenta individual del demandante en PORVENIR S.A.; CONSULTA SIAF, de donde se extraen las diferentes vinculaciones al Sistema General de Pensiones del actor, pasando del RPM al RAIS, a través de COLFONDOS S.A., el 01 de agosto de 2001, con fecha de efectividad 01 de octubre de 2001, siendo la última administradora a la cual se cambió SKANDIA S.A., donde permanece desde el 01 de septiembre de 2009; constancia de traslado de aportes expedida por PROTECCIÓN S.A.; estado de cuenta individual del señor VILLAMIZAR PINTO, en PROTECCIÓN S.A.; historia laboral de PROTECCIÓN S.A. (Archivos 01, 03 a 05 y 08).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, trabajó para ECOPETROL y cuando cambió de empleo para comenzar a trabajar con Petrobras, a través de la empresa Manos de Bogotá, manifestó su voluntad de continuar con el Seguro Social, pero a los 3 meses o más, se enteró que estaba afiliado a COLFONDOS, pero no recuerda haber firmado ningún formulario de esa AFP; que, no realizó ninguna gestión de retracto o queja para retornar al ISS, porque todos los asesores que iban a la empresa, le decían que estaba muy bien pertenecer al RAIS, porque supuestamente el Seguro Social iba a desaparecer, y en los fondos privados podría obtener una mesada pensional igual o mayor a la ofrecida en el otro régimen, por eso *“yo en ese momento no consideré la necesidad de revisar el tema o ir al Seguro Social, simplemente en su momento lo asumí como un cambio que me apareció y me convenía en ese momento, según los asesores que iban a visitar la empresa con el tema de movimientos de fondos privados”*; que, tuvo bastantes movimientos en el RAIS, porque iban muchos asesores de las distintas AFP, hacían reuniones en la Sala de eventos de la empresa, decían que ofrecían un fondo muy estable, privado, que podían jubilarse en cualquier momento, porque los recursos eran propios y no del Estado, eran reuniones corporativas, donde el personal de recursos humanos los citaba en la sala para presentarles los planes privados de pensiones; que, sabe de los rendimientos que genera su capital ahorrado, pero nunca le explicaron que podía ser negativo y que podía o no resultar suficiente para mantenerse en 15 o 20 años; que, recibió extractos, pero nunca los revisó a detalle, sólo confirmaba que los aportes estuvieran ahí; que, en el año 2019, su empleador, le propuso retirarse de la empresa, entonces comenzó a revisar su tema pensional, recibió una proyección de SKANDIA y también privada de la posible mesada pensional de COLPENSIONES, evidenciando una diferencia hasta 5 o 6 veces mayor en el RPM que en el RAIS; que, nunca recibió una llamada o comunicación de las AFP, para una reasesoría antes de los 52 años de edad; que, nunca fue presionado para firmar los formularios de cambio de AFP.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLFONDOS S.A., demostró dentro del proceso haberle brindado al demandante, información en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JAVIER VILLAMIZAR PINTO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con

prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; es más, en relación con el traslado inicial, ni siquiera se aportó el formulario de afiliación, que además dijo el actor, en su interrogatorio de parte, no suscribió. Todo lo anterior contradice lo fijado por el 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.

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

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 01 de agosto de 2001, con efectividad el 01 de octubre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en cuanto a los perjuicios que reclama COLPENSIONES, como tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el demandante y las diferentes Administradoras privadas de fondos de pensiones vinculadas al proceso, basta indicar que, el objeto de este proceso es la declaración de la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que éste efectuó con sus diferentes Administradoras, escapando del conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria Laboral la situación relacionada con los posibles perjuicios civiles causados por culpa de un tercero; por lo que, no es dable emitir ningún pronunciamiento al respecto, máxime cuando tal petición no hizo parte del Litigio.

Los anteriores argumentos conducen a la Sala, a confirmar la sentencia apelada por COLPENSIONES y consultada en su favor.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. 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 10 de abril de 2023, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JAVIER VILLAMIZAR PINTO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIA PROTECCION S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00,

a cargo de esa recurrente y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

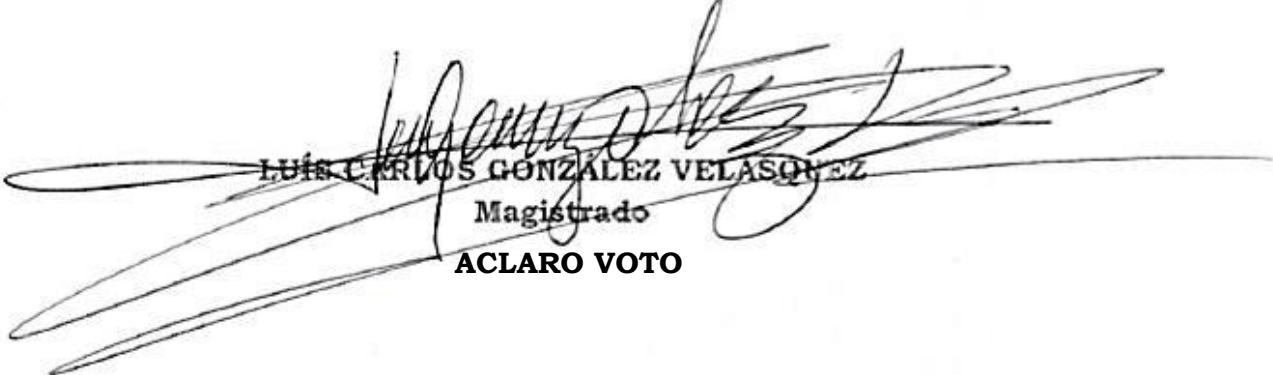
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 27 2020 00058 01 DE JAVIER VILLAMIZAR PINTO CONTRA COLPENSIONES, PROTECCION, COLFONDOS S.A. PORVENIR S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor VILLAMIZAR PINTO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013202200083-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de marzo de 2023, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MARIO HERNÁNDEZ MEDINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

MARIO HERNÁNDEZ MEDINA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, al no cumplir con los requisitos legales vigentes; que, se declare, que se encuentra válidamente afiliado al RPM; y, en consecuencia, que se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, como cotizaciones, rendimientos, bono pensional, aportes voluntarios, si los hay y demás valores; que, se condene a COLPENSIONES, a reajustar su historia laboral, reconociendo su afiliación y pago desde julio de 1986, teniendo en cuenta el IBC reportado y cotizaciones hechos a lo largo de su vida laboral; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a pagar los costos administrativos, por los trámites derivados

de las condenas impuestas; que, se conceda lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, empezó a cotizar para pensión en el RPM, en julio de 1986, a través del Instituto de Seguros Sociales, hasta el mes de marzo de 1996, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación realizada a la AFP PORVENIR S.A., que, por medio de su asesores, se presentó en la empresa TROYAL CI LTDA, donde laboraba y les dijo a todos los trabajadores que, si se cambiaban de régimen pensional, podrían pensionarse antes de la edad mínima legal y con una mesada mucho más alta que en el ISS, el cual además se iba a liquidar y posiblemente podrían quedarse sin pensión.

Manifestó que, el asesor, no les brindó una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que pudieran conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, por lo que, fueron inducidos erróneamente a trasladarse de régimen pensional, con una información carente de verdad.

Refirió que, recientemente, al indagar por el estado de su pensión de vejez, la AFP PORVENIR S.A., le manifestó que su mesada pensional, eventualmente sería equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; que el 11 de agosto de 2021, le solicitó a COLPENSIONES, la nulidad de su traslado a lo que ésta, le contestó de forma negativa (Archivo 03).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivo 16).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y la genérica (Archivo 17).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de marzo de 2023, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado que hiciere el demandante Mario Hernández Medina a la AFP PORVENIR S.A., 09 de febrero de 1996 y con fecha de efectividad el 01 de marzo de 1996; condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, que tenga en su poder; condenó a COLPENSIONES, a tener como afiliado al actor, a recibir los dineros referidos y actualizar la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas; y, condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, el demandante, por voluntad propia y en uso del derecho de libre escogencia, en el año 1996, decidió trasladarse del RPM al RAIS; que, dicho traslado se hizo cumpliendo las exigencias que para la fecha disponía la legislación al respecto, esto es, con el diligenciamiento del formulario de afiliación; que, los recursos objeto de devolución, no suplen el impacto que produce esta decisión, afectando la sostenibilidad financiera de Sistema General de Pensiones; que, por más de 20 años el actor, permaneció en el RAIS, sin manifestar ninguna inconformidad, pues, el deber de información es en doble vía, y no puede declararse la ineficacia de un traslado válidamente realizado, sólo porque no llenó las expectativas económicas del demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, aunque no presentó recurso de apelación, la AFP PORVENIR S.A., solicitó revocar la sentencia de Primera Instancia, pues, el traslado efectuado por el demandante, del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresó por éste en el formulario de afiliación suscritos con esa Administradora, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación, tendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado.

El demandante, por su parte, pidió confirmar la decisión impugnada, ya que, como quedó demostrado, al momento de su cambio de régimen pensional, sólo se le indicó información que no era cierta en relación con su traslado, omitiendo en su totalidad el deber de información; razón por la cual ésta, no tiene validez y es así como debe mantenerse la decisión judicial.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; y, *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus

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

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 14 de mayo de 1966; historia laboral consolidada de PORVENIR S.A., donde se advierte que, al 02 de junio de 2021, el actor, tenía cotizadas 1.584 semanas, de las cuales 347.1 lo fueron al RPM y 1.237,7 a través del RAIS; reclamación presentada ante COLPENSIONES, con su correspondiente respuesta negativa; certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., desde el 01 de marzo de 1996; consulta SIAF; resumen de historia laboral válida para bono pensional; solicitud de vinculación a PORVENIR de fecha 09 de febrero de 1996; relación de movimientos y aportes efectuados en la cuenta individual del actor en PORVENIR S.A.; expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (Archivos 03, 16 y 18).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para 1996, trabajaba en TROYAL, fueron 3 asesores de PORVENIR y en la hora del refrigerio, les dijeron que el Seguro Social, se iba a acabar, y que ellos iban a asumir esa responsabilidad; que, la charla duró 15 minutos; que, mientras un asesor hablaba, las otras dos personas, les pasaban los formularios, que la mayoría de los trabajadores firmaron; que, le dijeron que podría pensionarse a los 40 o 42 años; que, no le explicaron nada sobre aportes voluntarios, financiación de la pensión con PORVENIR S.A., rendimientos, cuenta de ahorro individual, garantía de pensión mínima, no le hablaron de su situación particular pensional, tampoco de las diferentes modalidades pensionales, ni los requisitos para pensionarse a una edad más temprana, nada le dijeron de las diferencias entre los dos regímenes pensionales; que, alguna vez recibió un documento de PORVENIR, pero relacionado con el bono pensional, pero no ha recibido extractos; que, antes de presentar la demanda, no tenía conocimiento del Sistema de pensiones, ni se había interesada por el tema; sin embargo, ahora sabe que en PORVENIR, sólo podría pensionarse con algo más del salario mínimo legal mensual vigente, mientras que en COLPENSIONES, podría recibir un mejor ingreso.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a el actor, era suficiente en los términos previamente

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

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

De otra parte, también debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 09 de febrero de 1996, con efectividad el 1 de marzo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de Primera Instancia.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y el grado jurisdiccional de consulta concedido en su favor.

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, en los términos del artículo 365 del CGP, al no haber prosperado los argumentos de su apelación. 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 22 de marzo de 2023 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MARIO HERNÁNDEZ MEDINA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

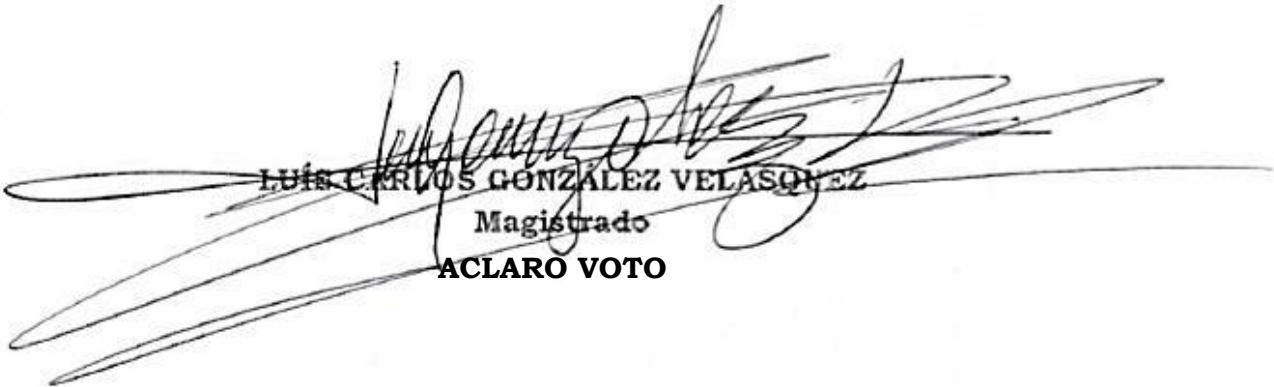
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 013 2022 00083 01 DE MARIO HERNÁNDEZ MEDINA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor HERNÁNDEZ MEDINA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105008202100180-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MIGUEL ANTONIO VALLEJO LARA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

MIGUEL ANTONIO VALLEJO LARA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare que su traslado y afiliación al RAIS, efectuado inicialmente a través de PROTECCION S.A., el 02 de septiembre de 1996, es nulo, por estar viciado el consentimiento por error y dolo, ante la omisión de esa Administradora, de deber de información con prudencia y pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones; que, se declara la nulidad de los demás cambios de AFP, efectuados dentro del RAIS; y, en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con los rendimientos, bonos pensionales e intereses y gastos de administración;

que, se condene a COLPENSIONES, a activar su afiliación en el RPM, así como aceptar y recibir los recursos trasladados por las AFP, dándole plenos efectos a la nulidad declarada; que, se conceda lo ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, en caso de prosperar las pretensiones principales, solicitó declarar la ineficacia de los efectos del primer traslado realizado del RPM al RAIS, y de las demás afiliaciones a las distintas administradoras del RAIS, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado, además de recibir un traslado viciado de nulidad.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 17 de abril de 1964, por lo que, a la presentación de la demanda, contaba con 57 años de edad; que, estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 01 de marzo de 1984 al 01 de septiembre de 1996, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.; que, el 24 de abril de 1998, se cambió a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTÍAS, donde permaneció hasta el 03 de febrero de 2000, cuando se pasó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., para finalmente regresar a PROTECCIÓN S.A., el 14 de mayo de 2010.

Indicó que, ni PROTECCIÓN S.A., al momento de su traslado inicial, ni las otras Administradoras del RAIS, a las cuales estuvo afiliado, le informaron las consecuencias de su cambio de régimen pensional, no le brindaron una asesoría acorde con su historia laboral, ni teniendo en cuenta el tiempo laborado y cotizado; que, fue persuadido bajo promesas fraudulentas y ofrecimiento de supuestos beneficios, para afiliarse al RAIS, sin ponerle de presente las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, limitándose a afirmar que, el Seguro Social se iba a liquidar, y que, en el RAIS, podría pensionarse antes de la edad mínima y con un monto superior; que, nada le explicaron del monto o cuantía requerida en su cuenta de ahorro individual para adquirir una pensión de vejez en el RAIS.

Refirió que, ni PROTECCIÓN S.A. ni COLPENSIONES, le informaron acerca de la posibilidad de retornar al RPM antes de los 52 años de edad; que, no se le realizó una proyección de su posible pensión en ambos regímenes pensionales; que, solicitó a las demandadas, su traslado al RPM; no obstante, dicha petición le fue negada (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito denominadas prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las demás que se encuentren probadas y el Juez pueda declarar de oficio (Archivo 07)

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó las excepciones de prescripción, buena fe, compensación y la genérica (Archivo 09).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, pese a ser notificada, no se pronunció al respecto, por lo que, mediante auto del 31 de marzo de 2022, se tuvo por no contestada la demanda respecto a ésta (Archivo 11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de marzo de 2023, el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor MIGUEL ANTONIO VALLEJO LARA, realizado del RPM al RAIS, el 02 de septiembre de 1996; condenó a COLPENSIONES, a admitir el traslado de régimen pensional del demandante; condenó a PROTECCIÓN y PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del actor, tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del CC, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelvan PROTECCIÓN y PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional del actor; condenó en costas a PROTECCIÓN y PORVENIR S.A. y concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, interpuso recurso de apelación parcial, en contra del ordinal tercero de la sentencia de Primera instancia, para que se revoque el pago de las condenas impuestas a esa AFP, de manea indexada, ya que, al demandante, también le asistía el deber de estar informado respecto a las características, condiciones generales y restricciones al querer trasladarse de régimen pensional, teniendo también la obligación de exigir explicaciones verbales que resultaran suficientes y facilitaran la toma de su decisión; que, la indexación es improcedente, pues, dentro de las obligaciones de la AFP, ya está la de garantizar la rentabilidad

mínima de las cuentas de ahorro individual de sus afiliados, con los rendimientos generados, que, además ya fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PORVENIR S.A., insistió en que se debe revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones del actor, pues, en el presente caso, no se cumple con ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, quien haciendo uso del derecho a la libre escogencia materializó su voluntad de traslado, con la suscripción del formulario de afiliación; que, PORVENIR S.A., acreditó el cumplimiento del deber de información, sin que puedan imponérsele cargas probatorias inexistentes para la fecha de vinculación del demandante, con esa AFP; insistió además en la improcedencia de ordenar la indexación de las condenas impuestas, lo cual, es sin duda imponer una doble sanción, por cuanto sin hesitación alguna y sin que resulte necesario realizar ninguna operación matemática, los rendimientos financieros obtenidos por la gestión que adelantó esa Administradora, a partir del acto jurídico informado que celebró el demandante, con plenos efectos jurídicos, con creces, supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado representados en los aportes pensionales.

COLPENSIONES, por su parte, manifestó que, no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante MIGUEL ANTONIO VALLEJO LARA y las AFP PROTECCIÓN y PORVENIR es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante, al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

El demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, pues, no obra prueba alguna, que permita dilucidar que las AFP PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A., cumplieron con los requisitos para considerar válido el traslado de régimen pensional, la carga de la prueba estaba a cargo de las AFP y no lograron demostrar que brindaron una asesoría seria y clara, para que éste optara por cambiar de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PROTECCIÓN S.A.; iii) si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; y, iv) si procede la orden de devolución de gastos administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional,

*depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 17 de abril de 1964; reclamaciones presentadas ante COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR S.A, el 10 de marzo de 2021 y su correspondientes respuestas negativa; reporte de semanas cotizadas a COLPENSIONES, donde se advierte que el actor, efectuó aportes al RPM, entre el 21 de julio de 1982 al 31 de agosto de 1996; formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por PROTECCION S.A., de fecha 02 de septiembre de 1996; solicitud de vinculación a DAVIVIR PENSIONES Y CESANTIAS del 24 de abril de 1998; solicitud vinculación a PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 14 de mayo de 2010; historia laboral del demandante en PROTECCION S.A., donde consta que, al 10 de febrero de 2021, tenía cotizadas 1.700,43 semanas de las cuales 654.57 lo fueron al RPM, 389.43 a otras AFP y 656.43 en PROTECCIÓN S.A.; expediente administrativo de COLPENSIONES; solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones obligatorias HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS del 03 de febrero de 2000; consulta SIAF, con el historial de vinculaciones del señor VALLEJO LARA, dentro del Sistema General de Pensiones; certificación del traslado de aportes de PORVENIR S.A. a PROTECCIÓN S.A.; historia laboral consolidada del demandante en PORVENIR S.A.; relación de aportes de la cuenta individual del actor, en PORVENIR S.A. (Archivos 02, 08 y 09)

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, en el año 1996, en la empresa donde se encontraba vinculado, llamaron a los trabajadores a la sala de juntas, dentro del horario laboral, en dos grupos, les dijeron que el ISS, se iba a terminar y debían firmar para cambiarse a un fondo privado de pensiones, no les dieron una asesoría individual, no le pidieron su historia laboral, ni le explicaron nada de las características de los regímenes pensionales, tampoco le informaron como funcionaba una cuenta de ahorro individual; que, su traslado a HORIZONTE, se produjo también en horario laboral, llamaron a todos los trabajadores de la planta, y como en esa época estaba corriendo el rumor de que el Seguro Social se iba a acabar, les dijeron que tenían que firmar unos formularios, nadie les dio una explicación al respecto, el proceso duró 10 o 15 minutos, porque tenían que regresar a trabajar; que, no tuvo tiempo de leer nada, simplemente verificó los datos y firmó el documento de forma voluntaria; que, no se reunió de manera individual con ningún asesor,

todo se dio en una reunión colectiva; que, no tenía claro la existencia de dos regímenes pensionales, pues, únicamente había escuchado del Instituto de Seguros Sociales; que, en el año 2018, la empresa para la cual trabaja actualmente, le informó que debía ir a PROTECCIÓN a recibir una doble asesoría y sólo a hasta ese momento, conoció los requisitos que necesitaba para pensionarse en el RAIS, haciendo los comparativos, por eso su principal motivación para regresar al RPM, es el valor de la mesada pensional, pues, luego de trabajar por aproximadamente 40 años en las Administradoras Privadas, sólo le ofrecen una pensión de vejez por valor del salario mínimo legal mensual, cuando el promedio de sus ingresos es algo más de 3 SMLMV.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en

cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

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

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

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

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

(...)

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

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

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

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

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros

y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicha orden, habrá de aclararse el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación de la AFP PORVENIR S.A. y el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES.

Costas en esta Instancia, a cargo de la AFP PORVENIR S.A., al no haber prosperado los argumentos de su apelación. 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: ACLARAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Octavo (08) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por

concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

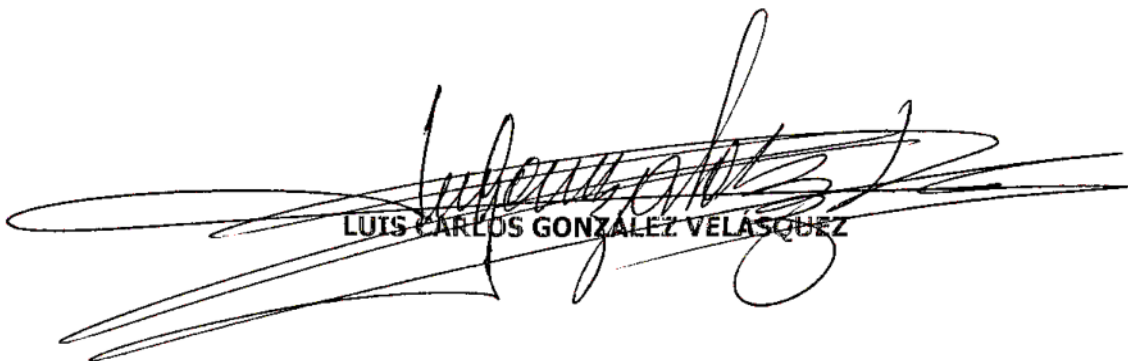
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 008 2021 00180 DE MIGUEL ANTONIO VALLEJO LARA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor VALLEJO LARA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105038202100186-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la demandante y las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 14 de abril de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **NUBIA ROMERO ALVARADO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

NUBIA ROMERO ALVARADO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare que su traslado y afiliación al RAIS, a través PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., es ineficaz, por lo que, su vinculación con COLPENSIONES, se mantuvo vigente siempre, sin solución de continuidad en dicha afiliación; y, en consecuencia, se condene a SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración efectuados durante su afiliación a cada Administradora; que, se condene a COLPENSIONES, a activar su afiliación en el

RPM, aceptar y recibir el traslado de aportes, junto con los rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración, actualizando su historia laboral; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 20 de marzo de 1964, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda, tenía 57 años de edad; que, según historia laboral de COLPENSIONES, realizó aportes al RPM, de forma discontinua, entre julio de 1980 y octubre de 1996, cuando se trasladó al RAIS, afiliándose a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante formulario 038061 del 29 de octubre de 1996 hasta noviembre de 2002, pues, entre el 28 de noviembre de 2002 y el mes de mayo de 2008, estuvo afiliada a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y, de junio de 2008 a julio de 2009, cotizó a pensión a través de la AFP ING.

Indicó que, desde agosto de 2009 y hasta la presentación de la demanda, regresó a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., acreditando un total de 1.220,86 semanas cotizadas.

Afirmó que, ni los asesores de SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ni tampoco los de COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., al momento de su afiliación a esas Administradoras, le informaron de manera clara, cierta, oportuna y suficiente las consecuencias jurídicas de su traslado del RPM al RAIS; que, no le explicaron las características, ventajas y desventajas objetivas de afiliarse a uno y otro régimen pensional, ni jamás se le hizo un comparativo de los dos regímenes; que, no le realizaron una proyección del valor de su posible mesada pensional; que, le aseguraron que el Seguro Social, como el RPM, iban a desaparecer y, por tanto, su única opción era afiliarse a una AFP.

Refirió que, nadie le explicó la posibilidad que tenía de regresar al RPM, antes de cumplir los 47 años de edad; que, no recibió extractos de ninguna AFP; que, al enterarse que nada de lo ofrecido por las Administradoras Privadas de Pensiones, era cierto, por medio de apoderado judicial, reclamó a las demandadas, la ineficacia de su traslado de régimen de pensional, obteniendo respuesta negativa al respecto; que, COLPENSIONES, en su respuesta, le manifestó que, está sólo procede en caso de falsedad del formulario de afiliación o cuando se haya afiliado al trabajador sin su consentimiento, previo pronunciamiento de autoridad judicial (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLFONDOS S.A., SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (Archivo 07).

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., alegó en su defensa las excepciones denominadas SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica. Adicionalmente, llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha Aseguradora, vigentes de 2009 a 2018, el cual fue admitido por auto del 24 de mayo de 2023 (Archivos 08 y 13).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, traslados entre AFP'S como actos de relacionamiento en términos de la sentencia SL4934-2020 y la innominada o genérica (Archivo 09).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones que llamó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del Sistema General de Pensiones y la innominada o genérica (Archivo 11).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la pretensión del llamamiento en garantía, encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pues su único objeto

conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo la aseguradora debe asumir “*el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente*”; aceptó la mayoría de los hechos de llamamiento y formuló las excepciones de inexistencia de derecho contractual por parte de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás que se encuentren probadas y puedan ser declaradas de oficio por el Juez (Archivo 15).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación realizada por la demandante a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 29 de octubre de 1996; ordenó a COLPENSIONES Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., que, en coordinación con COLFONDOS S.A y PROTECCIÓN S.A., adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al RPM, administrado por COLPENSIONES, los recursos percibidos en el RAIS, por cuenta de la demandante, durante el tiempo en que permaneció irregularmente vinculada a dicho régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados, para lo cual las accionadas, contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la sentencia, para finiquitar ese procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de ser insuficientes, se pagaran con cargo a los recursos propios con de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., en proporción al tiempo en que estuvo afiliada la demandante en cada AFP y, de subsistir saldos en la cuenta de ahorro luego de estos procedimientos, deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensional.

Declaró el *a quo*, no probadas las excepciones propuestas; absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas por SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,

condenando a esta AFP, al pago de las costas de la demanda inicial y del llamamiento en garantía.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de la demandante, COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **demandante**, solicitó que, en virtud de lo establecido en el artículo 365 del CGP, la condena en costas se extienda a todas las demandadas, por haber sido vencidas en juicio y haberse opuesto a las pretensiones.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó que, se debe revocar en su totalidad la sentencia apelada, pues, en virtud del principio de la buena fe, la demandante, estaba en la obligación de demostrar las irregularidades de las AFP, al momento de su traslado al RAIS; que, conforme a lo establecido por el artículo 1425 del CC, el acto jurídico, genera obligaciones recíprocas, así entonces, el deber de información, se integra en una parte por el deber de asesoría y buen consejo, que deben cumplir las Administradoras de Pensiones, pero también por el deber de los consumidores financieros de indagar y conocer las características y condiciones del régimen al cual se afilian; que, la permanencia de la demandante en el RAIS, por más de una década, evidencia que aceptó y quiso someterse a las reglas y procedimientos del RAIS, a partir de la firma del formulación de vinculación; que, la actora, no puede ser acreedora a los beneficios del RPM, cuando no demostró una fidelidad al Sistema.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la devolución de los aportes de manera indexada, pues, el objeto de este proceso estaba encaminado a obtener la ineficacia del traslado de régimen pensional y no respecto a la indexación en materia pensional, que está encaminada al reconocimiento y pago de una transacción económica; que, hasta el momento los valores de los aportes de la demandante y demás sumas cuya devolución ordenó el *a quo*, al RPM, no han perdido su valor adquisitivo; además que, la indexación de las condenas no fue una pretensión de la demanda, y por ende, esa Administradora, no tuvo la oportunidad de controvertirla en su contestación, ni en el curso del Litigio; que, respecto a la devolución sin descuentos de gastos de administración y seguros previsionales, los primeros fueron utilizados para administrar la cuenta de ahorro individual de la demandante y por su gestión, la actora, recibió rendimientos, por lo que, de retornar estos valores al RPM, se desconocería la gestión de la AFP; que, en relación con los seguros previsionales para invalidez y sobrevivencia, aunque no se presentó ningún siniestro, tales recursos fueron empleados, en cumplimiento de la obligación fijada en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

COLFONDOS S.A., alegó que, no está en cabeza suya efectuar los cálculos de equivalencia, para determinar si lo trasladado a por esa AFP, resulta suficiente, ya que tal obligación está a cargo de COLPENSIONES, como lo señala la sentencia SU-062 de 2010, por lo que, de presentarse una diferencia es el afiliado, quien debe asumirla y no esa Administradora, más aún cuando COLFONDOS S.A., ya trasladó a otra AFP, todos los recursos obrantes en la cuenta individual de la demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, insistió en que se debe revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones de la actora.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., solicitó mantener inalterable la decisión del *a quo*, en cuanto absolvió a esa Asegurado, del llamamiento en garantía, pues, lo pretendido en la demanda, era la invalidación del cambio de régimen pensional de la actora y las posteriores afiliaciones a varias de las AFP, al interior del RAIS, con la consiguiente devolución de aportes de las respectivas cuentas individuales, en tanto el objeto del seguro, o más precisamente su cobertura, es la del pago de las sumas adicionales para garantizar la pensión de invalidez y sobrevivientes, de ahí que, se trata, de objetos absolutamente diferentes, donde MAPFRE, no tiene ninguna relación, directa o indirecta, con el tema de la probable invalidación del cambio de régimen pensional, ni de ninguna manera tuvo participación o injerencia en ellos.

La demandante, pidió confirmar la sentencia apelada, en cuanto ordenó la ineficacia del traslado de régimen pensional, pero, reitero que la condena en costas de Primera Instancia, debe extenderse a todas las demandadas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por la demandante y las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLFONDOS S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si SKANDIA S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba

suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de SKANDIA S.A.; *iii)* si procede la orden de devolución de gastos administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; *iv)* si las administradoras de fondos de pensiones deben pagar, con cargo a su propio patrimonio, las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM; y, *v)* si la condena en costas de Primera Instancia, debe extenderse a todas las demandadas.

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la

gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que, evidentemente cuenta

con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la accionante, nacida el 20 de marzo de 1964; reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, de donde se extrae que la actora, permaneció en el RPM, del 01 de julio de 1980 al 30 de septiembre de 1996; historia laboral consolidada expedida por SKANDIA, en la que se indica que, para enero de 2021, la señora NUBIA ALVARADO, tiene cotizadas un total de 1.798,57 semanas; afiliación al fondo de pensiones obligatorios Pensionar, diligenciado el 29 de octubre de 1996; solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., de fecha 28 de noviembre de 2002; formulario de vinculación a ING Fondo de Pensiones, del 30 de abril de 2008; afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA, del 12 de junio de 2009; solicitudes enviadas por la demandante a las Administradoras demandadas, para tener como ineficaz su afiliación al RAIS y sus respectivas respuestas negando tal petición; consulta SIAF; estado de cuenta del Fondo de Pensiones Obligatorias Skandia; historia laboral válida para bono pensional; constancia de traslado aportes, de PROTECCIÓN S.A. a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A.; reporte del estado de cuenta de la actora, en PROTECCIÓN S.A. (Archivos 01, 07 a 09 y 11).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, trabajaba con Coca Cola, estaba recién trasladada a las oficinas centrales, allí llegaron unos asesores de las Administradoras privadas de pensiones, les dijeron que debían bajar a la recepción, porque el Seguro Social, se iba a acabar , bajó, le mostraron el formulario y firmó, pero en ese trámite, dijo no haber tardado más de 10 minuto, porque había muchas personas en la recepción; que, supo que el Seguro Social cambió de nombre, pero no consideró la opción de regresar, porque tenía tan poca información que creía que se trataba de lo mismo, además, tenía entendido que, en el regimen privado se iba a pensionar, mientras que, en el ISS, pensaba que el cualquier momento se podía acabar, como todo el mundo decía; que, hizo traslados horizontales, porque llegaba los asesores de las AFP y le decían que recibiría rendimientos y también le ofrecían *“algo que cobran que era más barato”*; que, hasta hace muy poco no entendía cuál era la diferencia entre uno y otro régimen pensional; que, al momento de su traslado inicial del RPM al RAIS, no le dieron ninguna explicación, ni le hablaron de rendimientos, de los cuales sólo se enteró cuando hizo cambios entre las distintas Administradoras del RAIS, pero, aclaró que, nunca, ninguna Administradora, le habló de las diferentes existentes entre los regímenes pensionales; que, recientemente se acercó a las oficinas de SKANDIA, para averiguar por su pensión y aunque tiene un buen salario sólo le ofrecieron una mesada de \$1.800.000, entonces sólo hasta ese momento se enteró que existían unas diferencias en los regímenes pensionales; que, recientemente adelantó un trámite ante SKANDIA, para que le actualizaran la historia laboral, porque le hacían falta 13 años de cotizaciones.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, 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 NUBIA ROMERO ALVARADO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

También debe la Sala, aclarar que, los posteriores cambios de Administradora de Fondos de Pensiones, realizados por la demandante, a COLFONDOS S.A e ING PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy PROTECCION S.A., no convalidaron el traslado inicial efectuado a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de*

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicha orden, habrá de aclararse el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Respecto a la inconformidad de COLFONDOS S.A., frente al pago, de ser el caso, de las diferencias que llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, a cargo de su propio patrimonio, ya, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL5296 y SL5592 ambas de 2021, indicó que, no procede dicha orden, pues *“se trata de una consecuencia no contemplada en la ley”*, que, *“sí existió, para quienes aspiraban a recuperar el régimen de transición”* pero que, *“se suprimió del ordenamiento jurídico”*. En consecuencia, se revocará parcialmente el ordinal segundo, en el aparte correspondiente a la imposición a las demandadas SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., de una obligación no contenida en la ley.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la parte actora, se imponga a todas las demandadas y no sólo a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., comoquiera 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, le asiste razón a la demandante, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que

las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”.

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se modificará el ordinal sexto de la sentencia apelada, para condenar en costas de Primera Instancia, también a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A., debiendo el *a quo*, liquidar las correspondientes agencias en derecho respecto de cada una de ellas.

Sin COSTAS en la alzada.

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

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 14 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal segundo, de la sentencia proferida el 14 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar a las demandadas SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCION S.A., del pago de las diferencias que pudieren llegaren a resultar entre lo ahorrado en el RAIS y su equivalencia en el RPM, de acuerdo a lo señalado en las consideraciones de esta decisión.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin **COSTAS** en esta Instancia. Se **MODIFICA** el ordinal sexto de la sentencia apelada, para condenar en costas de Primera Instancia, también a COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

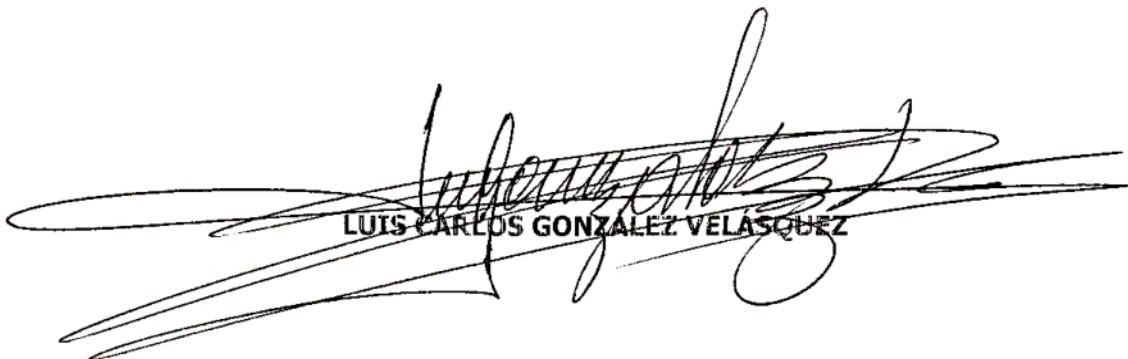
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 38 2021 00186 01 DE NUBIA ROMERO ALVARADO CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora ROMERO ALVARADO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105026201900223-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de trabajo – Contrato Realidad representante legal.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes, en contra de la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **NEYITH PEDROZA RAMOS** en contra de la **COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA - COOPSECAR**.

ANTECEDENTES

NEYITH PEDROZA RAMOS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA - COOPSECAR, para que, se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo, a término indefinido con la demandada, vigente entre el 27 de abril de 2006 y el 16 de abril de 2016, que terminó por causas imputables al empleador; que, se declare que la demandada, no le canceló en debida forma salarios, prestaciones sociales, ni cumplió con el pago de los parafiscales, incumpliendo sus obligaciones contractuales; en consecuencia, que se condene a COOPSECAR a pagar a su favor los salarios del 01 al 16 de abril de 2016, auxilio de cesantías, intereses sobre cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas durante toda la relación laboral y de acuerdo al salario realmente devengado; indemnización por terminación del contrato sin justa causa, sanción por la no consignación de las cesantías en un Fondo, reliquidación y pago completo de los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; que, se condene a lo demás que resulte probado en uso de las facultades ultra y extra petita, junto con las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, el 27 de abril de 2006, celebró contrato verbal de trabajo con la COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA – COOPSECAR, para desempeñar labores como gerente y representante legal de la Cooperativa, cumpliendo las funciones señaladas en el artículo 66 de los Estatutos, las cuales ejercía en la ciudad de Bogotá, cumpliendo un horario de lunes a viernes, de 7:00 a.m. a 8:00 p.m. y los sábados de 7:00 a.m. a 3:00 p.m., devengando como salario una suma básica fija y una comisión sobre la utilidad neta mensual de despacho a nivel nacional equivalente al 5% de ésta entre 2006 y 2008 y a partir de 2008 del 17.5%, devengando como último salario la suma de \$3.924.000 de los cuales \$1.133.587 era el salario base y \$2.790.143 las comisiones.

Aclaró que, la porción fija del salario, era denominada por la demandada, gastos de representación y las comisiones eran pagadas bajo el concepto de asistencia técnica por viajes nacionales; que, el 16 de abril de 2016, el señor CARLOS JULIO ZAMBRANO, presidente del Consejo de Administración de COOPSECAR, le informó de manera verbal, la terminación de su vínculo a partir de ese mismo día, solicitándole las llaves de la empresa, pues, MARCO ABEL VELANDIA asumiría el cargo de Gerente, por designación del Consejo de Administración, sin que se le cancelara la liquidación del contrato de trabajo, salarios, prestaciones sociales, ni demás derechos reclamados.

Indicó que, además de haber trabajado para COOPSECAR como gerente, ostenta la calidad de asociado desde marzo de 2001, percibiendo el producido mensual de los vehículos de su propiedad, que tiene afiliados a la Cooperativa, y que, de esas sumas era que la demandada, le descontaba para el pago de los aportes a salud y pensión, como requisito exigido por los clientes de la Sociedad; sin embargo, como trabajador, nunca le fueron cancelados los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (Archivo 03).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, la **COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA - COOPSECAR**, presentó escrito de contestación, negó la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones, alegando que entre las partes no existió un vínculo laboral, sino que la relación con el demandante, se rigió por un contrato de prestación de servicios, que inició el 26 de abril de 2006 y se extinguió hasta el 30 de marzo de 2016, tras las decisiones de la Asamblea General Ordinaria de Asociados de COOPSECAR del 13 de marzo de 2016, en donde se dieron a conocer los informes de Gerencia y de la Revisora Fiscal, balances entre otros, concluyendo la existencia de déficit económico al que estaba llegando la Cooperativa tras la pérdida de dineros de facturaciones realizadas a presuntos clientes contratados directamente por el Gerente y el señor asociado y asesor LUIS ELADIO NIETO MAJBUB, así como el desfase económico al que se estaba llegando con el pago de las comisiones que correspondían al rubro asistencia técnica de viajes

nacionales y del cual eran beneficiarios los señores NEYITH PEDROZA RAMOS y LUIS ELADIO NIETO MAJBUB, aspectos que posteriormente dieron lugar al inicio de investigaciones internas en la Cooperativa y por las cuales el Consejo de Administración a través de Resolución No. 9 de fecha 24 de Octubre de 2017 terminó dejando en firme la exclusión del actor y del señor NIETO MAJBUB, como socios de COOPSECAR; que, el pago de sus honorarios por la gestión de la Representación legal y la Gerencia de la Cooperativa se efectuaba por el concepto Gastos de Representación, y ello se mantuvo así durante todo el tiempo en que el señor NEYITH PEDROZA RAMOS estuvo a cargo de la administración de esa demandada, es decir, hasta el 30 de marzo de 2016; sin embargo, éste también actuaba como empleador de tres vehículos, que devengaban fletes y atendía su negocio personal en las instalaciones de la Cooperativa, no cumplía un horario y actuaba con total autonomía e independencia, sin subordinación alguna. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación que se reclama, prescripción, falta de parcialidad de los testigos, mala fe del demandante y la falsedad de la información y la genérica (Archivo 07).

REFORMA DE LA DEMANDA

Dentro de la oportunidad prevista en el inciso segundo del artículo 28 del CPTSS, el demandante, presentó escrito de reforma de la demanda, solicitando adicionalmente el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud y pensión, causados durante toda la vigencia de la relación laboral; y que, se ordene la indexación de todas las condenas impuestas a la demandada.

En cuanto a los hechos, adicionó que, además de pertenecer a la planta administrativa del personal de COOPSECAR, como trabajador desde el 27 de abril de 2006, también ostentó la calidad de asociado desde el mes de marzo de 2001 y hasta el 4 de octubre de 2017, cuando fue excluido de la Cooperativa, cancelando del producido de los vehículos de su propiedad los aportes a Seguridad Social en Salud de septiembre de 2001 a julio de 2017 y a pensión, de enero de 2005 a octubre de 2010, razón por la cual aparecen estos periodos cotizados por COOPSECAR y no del trabajador, pese a que fueron cancelados con su dinero y no directamente por la demandada.

Además, se adicionó el acápite de pruebas, solicitando la exhibición de documentos y agregando otros testigos (Archivo 08).

CONTESTACIÓN DE LA REFORMA

La **COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA – COOPSECAR**, reiteró los mismos argumentos expuestos en la contestación de la demanda inicial (Archivo 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que, entre el demandante y COOPSECAR, existió un contrato de trabajo vigente entre el 27 de marzo de 2006 y el 30 de marzo de 2016; condenó a la demandada, al pago a favor del demandante de las cesantías, intereses sobre cesantías, primas de servicios, compensación en dinero de las vacaciones, indemnización por despido sin justa causa, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago; igualmente, ordenó a la accionada, cancelar al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliado el actor, el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, junto con los intereses de mora a que haya lugar; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción de los derechos laborales causados con anterioridad al 29 de marzo de 2016, salvo las cesantías; absolvió a la demandada, de las demás pretensiones incoadas en su contra, pero le impuso el pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **demandante**, manifestó que, los gastos de representación y comisiones por carga nacional, son pagos independientes, que, la *a quo*, dijo no iba a tener en cuenta por su carácter de asociado, lo cual no es cierto y debe ser incluido como factor salarial y, en consecuencia, se debe reliquidar cada una de las pretensiones y derechos laborales reconocidos a su favor; que, debe ordenarse el pago de los aportes al Sistema de Salud; que, se debe modificar la prescripción, que no operó desde el año 2016 hacia atrás sino desde la fecha de presentación de la demanda; que, la Cooperativa demandada, sí actuó de mala fe, pues, era conocedora del vínculo laboral, como lo informaron los testigos y especialmente el señor Luis Eladio Nieto, quien era consejero y estuvo presente al momento de la vinculación del actor, recalcando que el cargo de representante legal, conforme a lo establecido por el artículo 65 de los Estatutos de la Cooperativa, era vinculado mediante contrato de trabajo, lo que se ratificó en acta del año 2015.

La **demandada**, insistió en que entre las partes no existió una relación laboral, sino de prestación de servicios; que, la Juez de Instancia, no tuvo en cuenta, ni valoró en debida forma las declaraciones de los testigos, especialmente las rendidas por la señora Dolly Cuervo, secretaria del gerente, Yuli Porras, Marco Abel Velandia, Zulay Acosta, Yolanda Suárez, revisora fiscal; que, siempre se destacó la autonomía e independencia con que actuó el demandante, en ejercicio de su cargo; que, no resulta coherente que siendo el actor, gerente y titular de las decisiones de la Cooperativa,

hiciera ver a la Asamblea o Consejo de Administración, que, su vinculación es de carácter laboral y por lo tanto, no procede derecho pensional alguno a su favor; que, acceder a lo pretendido por el actor, es premiar su mala fe, para salir pensionado a raíz de su mala gestión como gerente de la entidad, ejecutor de sus propias decisiones y políticas de la Cooperativa; que, no se pueden considerar como factor salarial las asistencias técnicas, ya que, eran variables y no podían ser cobradas con relación a la cartera que manejaba Cartones América, que es de donde devenga la Cooperativa, su sustento; que, de confirmarse la decisión de declarar la existencia de un contrato laboral, debe tenerse en cuenta que la terminación de la relación fue motivada, por los malos manejos administrativos del mismo demandante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de Ley, el demandante, insistió en que, se debe modificar la sentencia apelada, en relación con el salario devengado, el cual no corresponde únicamente a lo que percibió como gastos de representación, sino también al concepto denominado asistencia técnica, que aseguró, también es factor salarial y se encuentra plenamente demostrado con las documentales y el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal de la demandada; que, igualmente debe ordenarse el pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, pues, de no accederse a ello, se vería en un futuro afectado su derecho pensional; que, debe concederse la indemnización moratoria, pues, dentro del plenario quedó demostrada la mala fe del empleador, al desconocer la relación laboral del actor, pese a que desde los mismos Estatutos de la Cooperativa, se determina que el gerente y representante legal de COOPSECAR, debe ser vinculado mediante contrato de trabajo.

La demandada, por su parte, pidió revocar en su totalidad el fallo de Primer Grado, ya que, nunca existió un contrato de trabajo, como lo determinó la *a quo*; que, la relación que sostuvo COOPSECAR con el actor, no cumple con los presupuestos fijados en el artículo 23 del CST, fue autónomo e incluso *“impuso su voluntad por encima del Consejo de Administración”*; que, mal puede pedir el demandante, el pago de comisiones respecto de las cuales nunca dejó un soporte de los clientes por los cuales cobrara ese derecho; que, la Juez de Primera Instancia, no valoró en debida forma las declaraciones de los testigos MARCO ABEL VELANDIA MEDINA, ZULAY ACOSTA, YOLANDA SUAREZ y DOLLY CUERVO, quienes claramente manifestaron que *“el CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN lo manejaba el señor NEYITH PEDROZA RAMOS a su acomodo”*; que, no procede la condena relacionada con el pago de un cálculo actuarial, pues, fue el mismo demandante, quien implementó políticas administrativas en relación con la materia, presuntamente para el bien de los asociados y sus trabajadores.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y los recursos de apelación presentados por las partes, la Sala, deberá determinar si existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo; y en consecuencia, si le asiste derecho al actor, al pago de las acreencias laborales reclamadas, con especial énfasis en los valores que recibía como remuneración y la valoración probatoria realizada por la *a quo*, sobre las declaraciones de los testigos.

DEL CONTRATO REALIDAD - PRESUNCIÓN

El Código Sustantivo de Trabajo, artículo 22, define el contrato de trabajo como: *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.”*

A su vez, el artículo 23, subrogado por el artículo 1° de la Ley 50 de 1990, definió que sus elementos son: ***a.) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo; b.) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y c.) el salario como retribución del servicio.***

De otra parte, el artículo 24 del mismo ordenamiento, establece una ventaja probatoria a favor del demandante, en el sentido de presumir que toda relación de trabajo, se encuentra regida por un contrato de trabajo, por lo que se encuentra a cargo de la parte actora, ***la demostración de la prestación continua del servicio***, para que se traslade la obligación al llamado a juicio de probar con hechos contrarios a los presumidos, que la relación laboral que lo unió con la demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

En tratándose de esta presunción ha sido criterio reiterado por la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral que: *“...Ciertamente, al que invoca la existencia del contrato de trabajo le corresponde demostrar la prestación personal del servicio, así se favorece de la presunción del artículo 24 del CST. Pero si el demandado, al oponerse a la existencia del contrato de trabajo, acredita que aquella se prestó en forma esporádica y sin continuidad, puede conllevar a que la presunción se dé por desvirtuada, si desaparece el segundo elemento del contrato de trabajo, consistente en «La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador».*” (CSJ SL362-2018, Radicación 53801 del 21 de febrero de 2018).

De tal suerte, dado que en el plenario se encuentra debidamente probado el servicio personal que prestó el señor NEYITH PEDROZA RAMOZ en favor de la COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA - COOPSECAR

durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo de 2006 y el 30 de marzo de 2016, hecho que no fue discutido por la parte demandada, por lo que, al encontrarse dirigido el debate a establecer si tales servicios obedecieron a un verdadero contrato de trabajo o a un contrato de prestación de servicios, el tema de la subordinación es el que resulta de vital importancia para efectos de decidir la apelación.

DEL ELEMENTO DE LA SUBORDINACIÓN

Comoquiera que la parte demandada, insiste en que el vínculo que sostuvo con el actor, fue de carácter civil, mediante un contrato de prestación de servicios, sea lo primero indicar que por virtud de la presunción contemplada en el artículo 24 del CST, estudiada en precedencia, la carga probatoria sobre el elemento de la subordinación corresponde a la parte accionada ante la certeza de la prestación de los servicios personales del demandante, durante todo el tiempo de vigencia del contrato que los ató.

De forma reiterativa la jurisprudencia ha destacado que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de naturaleza jurídica distinta, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo por una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil o comercial.

Al punto, se pronunció la Corte en sentencia CSJ SL, 5 ago. 2009, rad. 36549:

“Pues bien, como primera medida, es del caso recordar, que para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor del demandado, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, dado que en este evento lo pertinente, es hacer uso de la presunción legal prevista en el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990, que consagró que “Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

De acuerdo con lo anterior, al actor le basta con probar, la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo y es el empleador quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el operario.

Sin embargo, lo dicho no significa que el demandante quede relevado de otras cargas probatorias, y que con la presunción de que trata el citado artículo 24 del C. S. de T. nada más tiene que probar, pues además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la

contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros.”(Negrilla fuera de texto).

Con todo, en virtud de las reglas de la sana crítica respecto a la apreciación de las pruebas establecido en el artículo 176 del CGP aplicable a los procesos laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, se entrará a realizar el estudio correspondiente al material probatorio existente en el proceso, dentro del que se encuentran los Estatutos de la COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA – COOPSECAR, que, en su artículo 65 dispone:

“GERENTE GENERAL

ARTÍCULO 65°. El gerente es el representante legal de COOPSECAR y el ejecutor de las decisiones del consejo de administración. Estará vinculado mediante contrato escrito de trabajo cuyas características definirá en cada caso el Consejo de Administración.

(...)

ARTÍCULO 66°. Además de los asuntos señalados en los presentes estatutos, el Representante Legal de COOPSECAR tendrá las siguientes funciones:

- a) Planear, organizar, ejecutar y controlar la administración de COOPSECAR.
- b) Celebrar contratos dentro de los niveles de competencia fijados por el consejo de administración y realizar las operaciones propias del giro ordinario de COOPSECAR-
- c) Proponer, desarrollar y supervisar las políticas y estrategias a nivel ejecutivo.
- d) Nombrar y remover el personal administrativo.
- e) Mantener las relaciones de la administración con los órganos directivos, los asociados y otras instituciones públicas y privadas.
- f) Formular y gestionar ante el consejo de administración cambios en la organización administrativa, normas y políticas de personal, niveles de cargos y asignaciones
- g) Tramitar y ejercer autorizaciones especiales e informar sobre la ejecución de las mismas.
- h) Ordenar los gastos de acuerdo al presupuesto.
- i) Dirigir las comisiones y comités operativos.
- j) Dar autorizaciones, representaciones y poderes a nivel ejecutivo.
- k) Representar judicial y extrajudicialmente a COOPSECAR y conferir mandatos y poderes generales y especiales.
- l) Presentar informes sobre la situación económica y financiera, sobre la prestación de servicios y demás informes que le solicite el consejo de administración.
- m) Firmar los estados financieros básicos de COOPSECAR
- n) Las demás que le asigne el Consejo de Administración propias a su cargo o determine la ley para los representantes legales de las cooperativas”. (fl. 41 Archivo 03).

También se aportaron certificaciones expedidas por COOPSECAR, del 21 de junio de 2011 y 06 de agosto de 2014, donde consta que el demandante, se encontraba vinculado a esa Cooperativa, como representante legal, desde el

27 de abril de 2006, “*generando comisiones por despachos nacionales y representación (...) Adicionalmente, recibe un ingreso promedio mensual por los vehículos de placas...*”; extractos bancarios de junio de 2006 a marzo de 2016; certificación de aportes efectuados a favor del demandante, por COOPSECAR a CAFESALUD EPS, desde septiembre de 2001 y hasta julio de 2017; historia laboral de PROTECCIÓN S.A.; Reglamento Interno de Trabajo de COOPSECAR del 23 de agosto de 2016; comprobantes de egreso y cuentas de cobro; relación de pagos efectuados al demandante por concepto de asistencia técnica y gastos de representación, en enero de 2014 y marzo de 2016; actas de asamblea ordinaria y extraordinaria celebradas los días 13 y 19 de marzo de 2016; acta consejo de administración celebrada el 15 de marzo de 2016, donde se removió al demandante del cargo de gerente general de la Cooperativa y se designó su reemplazo; informes y estados financieros presentados para la asamblea general de asociados de marzo de 2016; actas de asamblea general y consejo de administración de los años 2006 a 2015; resolución 09 del 24 de octubre de 2017, por medio de la cual el consejo de administración de la demandada, resolvió recurso de reposición contra la resolución 08 del 04 de septiembre de 2017, en la que se decidió excluir a los asociados NEYITH PEDROZA RAMOS y LUIS ELADIO NIETO MAJBUB, de la Cooperativa demandada.

Asimismo, se allegó informe de asesoría jurídica, acta de empalme parcial de fecha 16 de abril de 2016; denuncia penal contra el demandante y Luz Adriana Erazo; acta audiencia artículo 372 y 373 del CPG, adelantada por el Juzgado Quince Civil Municipal dentro del ejecutivo 2017-00995 de COOPSECAR contra SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS S.A.; demanda ordinaria laboral de LUIS ELADIO NIETO MAJBUB contra COOPSECAR; recurso de reposición y en subsidio apelación presentado por el demandante contra la resolución 03 del 17 de diciembre de 2016; citación de fecha 31 de mayo de 2016, enviada por COOPSECAR al demandante, para “*empalme del Área Contable*”; cuadros con relación de fletes, combustible y bomba, avantel, avantel terceros, taller, tracking VIP, cuentas de cobro presentadas por el actor y comprobantes de egreso de los años 2013 a 2016; relación actas consejo de administración y asambleas de COOPSECAR desde 2005 a 2016 (Archivos 03, 07, 08, 10, 11 y 12).

Al absolver interrogatorio el representante legal de la demandada, indicó que el demandante, es fundador de la Cooperativa, como asociado; que, el en año 2006 el actor, fue elegirlo gerente por el consejo de administración elegido en asamblea ordinaria; que, todos los gerentes han sido contratados por prestación de servicio e incluso en los informes que el señor PEDROZA RAMOS presentaba siempre dejaba constancia que su contrato era por prestación de servicios; que, como gerente el demandante, era el encargado de administrar los gastos de la cooperativa, realizaba los pagos de Seguridad Social, transferencias, movimientos bancarios, además de suscribir todos los contratos; que, las funciones de representante legal, el actor, las cumplía en las instalaciones de la Cooperativa, debiendo verificar documentación para las contrataciones; que, la Cooperativa, no tiene ningún horario

determinado para que el gerente cumpla sus funciones; que, el demandante, asistía a las reuniones del Consejo de Administración, pero no era su obligación y si él se presentaba, era para dar informes de su gestión y hacer contrataciones; que, el Consejo de Administración, no le impartía órdenes al demandante, simplemente éste se presentaba y les decía lo que había hecho durante un determinado periodo; aclaró que, el representante legal de COOPSECAR, siempre ha sido autónomo en la contratación y pagos; que, la relación contractual de la Cooperativa y el señor NEYITH PEDROZA RAMOS, se terminó por unos malos manejos de éste, por lo que, en la asamblea ordinaria de marzo de 2016, se decidió terminarle el contrato, porque estaba liquidándose unos porcentajes de comisión del 30%, cuando se le había dicho que sólo era por 10%; que, era el mismo demandante, quien se hacía el pago de los gastos por representación y la comisión por asistencia técnica.

El demandante, por su parte, explicó que, la Cooperativa, tenía 34 asociados, el Consejo de Administración estaba conformado por 5 asociados y las decisiones se tomaban por 3 principales; que, el señor LUIS ELADIO NIETO, había parte del Consejo de Administración, desde los inicios de la Cooperativa; que, el cliente más antiguo para el que trabajó la Cooperativa mientras él actuó como gerente fue Cartones de América, y otros 3 clientes de Bogotá; que, él llevaba un cuadro donde especificaba el costo de cada viaje, lo que se le cobraba al cliente y la utilidad que quedaba para la Cooperativa y sobre ese último valor él sacaba el porcentaje de la comisión por asistencia técnica, pero, que ésta no se la liquidaba sobre el cliente cartones américa; que, la Cooperativa, contaba con una contadora y una revisora fiscal; dijo que, su superior era el Consejo de Administración, a quien todos los meses les debía rendir informes y le revisaba la liquidación de las comisiones por asistencia técnica, la cual que había aprobado por el Consejo de Administración, sobre el 35% de los despachos nacionales; que, siempre lo citaban a las reuniones del Consejo y en ocasiones también asistía la asesora jurídica; que, dentro de los clientes que consiguió durante su gestión se encontraba SAC ESTRUCTURAS METÁLICAS, cuyos documentos para su negociación con la Cooperativa, fueron revisados por él con ayuda de la asesora jurídica; que, siempre hizo la observación a los Consejeros, para que el personal fuera vinculado mediante contrato de trabajo e incluso en el año 2012 logró que el contrato de la señora Dolly Cuervo pasara a laboral; que, nunca le informaron que iba a ser relevado de su cargo, pues, en la asamblea del año 2016, sólo se hizo un comentario al respecto, pero el Consejo nunca le informó que lo iban a sacar, y que, por eso él siguió trabajando hasta el 16 de abril de 2016, cuando en las instalaciones de la Cooperativa, se presentó el señor MARCO VELANDIA, como nuevo gerente, en compañía de MARCO JULIO ZAMBRANO, Presidente del Consejo de Administración y le pidieron las llaves de la oficina; que, dos meses después de su salida le enviaron una carta para que se presentara e hiciera un empalme, señalándole día y hora exacta, pero el manifestó que no podía en esa fecha, sino al día siguiente, no le contestaron nada y nunca más volvió a saber de eso; que, durante el tiempo que él fue

gerente contrató como asesora jurídica MARÍA VICTORIA VELÁSQUEZ RICO, por sugerencia del señor MARCO VELANDIA; que, hizo un trámite en febrero de 2016 de cobro prejurídico con los clientes de Cali, que presentó al Consejo de Administración en la asamblea, pero como lo despidieron no supo que pasó; que, cualquier gestión necesitaba autorización el Consejo de Administración y manifestó desconocer por qué la abogada se demoró en el cobro jurídico de la cartera de Cali.

También declararon en el proceso, LUIS ELADIO NIETO MAJBUB, asociado de COOPSECAR desde 2004 y trabajador de la misma del 2008 al 2016, donde se desempeñó como jefe de despachos en las bodegas de la Cooperativa en Fontibón; indicó que, el demandante, trabajó como gerente de la Cooperativa desde 2006 y hasta abril 2016, debiendo cumplir con las funciones estipuladas en los Estatutos, estar pendiente de los vehículos que cargaban en Cartones América, hacer los contratos que necesitara la Cooperativa, estar pendiente de los bancos, y administrativamente lo que tuviera que hacer a favor de la Cooperativa; que se cumplía un horario de trabajo de lunes a viernes de 8:00 a.m. hasta las 5:00 o 6:00 p.m., y los sábados de 9:00 a.m. a 1:00 p.m.; que, el demandante recibía una remuneración por gastos de administración más el 17.5% sobre las comisiones sobre los transportes a nivel nacional; aclaró que, el actor, estuvo afiliado a la Seguridad Social, pero los aportes se hacían como asociado de la Cooperativa y no como su trabajador, por lo que, de los fletes de los camiones de su propiedad se le descontaba ese porcentaje; que, el mismo día que sacaron al actor de la Cooperativa, también lo despidieron a él, sin darle a ninguno de ellos, ninguna explicación al respecto; dijo que, en la asamblea de marzo de 2016, el Consejo de Administración, dijo que iban a sacar al actor, pero él continuó trabajando normalmente hasta el 16 de abril de 2016 y en esa misma reunión fue elegido el señor Marcos Velandia como gerente, pero eso nunca había sucedido, pues, el Consejo de Administración, era quien debía reunirse y designar al representante legal; que, el testigo hizo parte del Consejo de Administración y le consta que el actor, no podía hacer nada, sino le estaba previamente autorizado por éste; que, en marzo de 2016, se realizaron 2 asambleas, una ordinaria el 13 de marzo y otra extraordinaria el 19 de marzo; que las comisiones de COOPSECAR estaban autorizadas por el Consejo de Administración desde antes de ingresar el testigo a la Cooperativa, éstas equivalían al 35% se liquidaban sobre el 17.5% de los fletes, y se cobraban sobre lo que quedaba neto de los viajes nacionales; que, el Consejo de Administración, firmaba las cuentas de cobro de las comisiones, pero a ellos sí se les informaba mensualmente, de su valor, porque revisaban los estados financieros y sabían mes a mes lo que se había pagado; dijo que, las comisiones dependían del movimiento que tuviera el comercial a veces quedaban \$3.000.000 otros \$4.000.000 y el último mes de trabajo les fue muy bien con los clientes y las utilidades dieron para que el demandante y él se ganaran cada uno el 17.5%; que, cuando comenzó a funcionar la Cooperativa, ningún colaborador tenía contrato, pero 2 o 3 años después, el

testigo, afirmó que, como él también trabajaba ahí, le planteó al Consejo firmar contratos de trabajo, pero ellos nunca se pusieron de acuerdo, ni se dejó constancia en las actas.

MARÍA VICTORIA VELÁSQUEZ RICO, dijo haber sido la asesora jurídica de COOPSECAR desde su fundación hasta el año 2016 y que fue allí donde conoció al demandante, con quien trabajó entre 2006 y 2016, pues, éste fue designado como gerente general de la cooperativa,; manifestó que, el contrato del actor era trabajo, pero nunca se le pagaron prestaciones sociales, pese a que ella siempre le hizo el requerimiento al Consejo de Administración, para que formalizara esa situación, dejando la constancia en actas; que, en el último periodo en que fue vinculada la contrató el demandante; informó que, las funciones del actor, tenían que ver con coordinar todo lo relacionado con la administración y dirección de la Cooperativa, iba a los bancos, estaba pendiente de la contratación del personal, pero que, éste dependía del Consejo de Administración y quien ocupara el cargo de Presidente del Consejo era el que emitía las órdenes que el demandante realizaba; que, el horario normal era de 8:00 a.m. a 5:00 p.m., pero cuando había despachos nacionales era desde las 7:00 a.m. de lunes a viernes y los sábados hasta el mediodía; que, la estructura de la Cooperativa, estaba compuesta por los asociados, el Consejo de Administración, el gerente, la asistente de gerencia, el coordinador de despachos, el grupo de conductores, el grupo de auxiliares y los vinculados por prestación de servicios que eran el revisor fiscal, contador y asesor jurídico; que, para que la cooperativa funcionara, siempre debía estar presente el gerente, el coordinador de despacho y la asistente de gerencia y dentro de la planta, conductores y auxiliares; dijo que, estatutariamente el Consejo de Administración, en cabeza de su presidente, eran los autorizados para impartir las órdenes al gerente; que, el contrato del actor, finalizó a mediados de abril de 2016, ese día llegó el nuevo gerente y el presidente del Consejo y dieron la orden de sacarlo; que, en la asamblea de marzo de 2016, después de rendir el informe de gerencia, uno de los asociados manifestó que era necesario cancelarle el contrato del actor, pero fue un comentario, no quedó nada definido, entonces todo el personal continuó trabajando normalmente hasta abril de 2016, cuando los sacaron; señaló que, el demandante, se encontraba afiliado a la Seguridad Social como representante legal y los aportes los hacía la cooperativa, porque en alguna época COMPENSAR EPS, les hizo un requerimiento para que reportaran las cotizaciones de sus colaboradores como dependientes y no como independientes, porque la cooperativa manejaba 2 tipos de planillas la E y Y; dijo la testigo, haber dejado en las actas de Consejo de Administración, de su puño y letra las recomendaciones para la vinculación de tipo laboral del gerente; y que, el señor MARCOS VELANDIA, quien reemplazó al demandante, había participado activamente en la Cooperativa, como asociado y miembro del Consejo de Administración, entonces era pleno conocedor de las recomendaciones que se habían dado respecto a la contratación laboral del actor; además que, cuando el revisor fiscal era un

señor de apellido Mahecha, ella le hizo las anotaciones correspondientes al tema de contratación laboral de los colaboradores de la Cooperativa e incluso quedó en una asamblea y un acta; que, para hacer la liquidación de las comisiones, el demandante, presentaba un informe al Consejo de Administración y al presidente y ellos la tramitaban internamente con contabilidad.

OCTAVIO SERNA MENDOZA, quien dijo haber trabajado para la demandada como tercero, desde 2010 o 2011 hasta el 2016 o 2017, explicó que, el demandante era quien lo contrataba para realizar transporte urbano o nacional; que iba 2 o 3 veces en la mañana o en la tarde a las instalaciones de COOPSECAR, y era el actor, quien lo atendía o don Eladio Nieto, que era la persona encargada de los despachos; que, él tenía su propio carro, no manejaba carros de la Cooperativa ni del demandante.

MARCO ABEL VELANDIA MEDINA, asociado de la demandada desde el 2001, dijo conocer al demandante, porque ésta fue socio de la Cooperativa, y además ocupó el cargo de gerente por aproximadamente 10 años; que, el señor NEYITH PEDROZA RAMOS, salió de la Cooperativa por malos manejos, al punto que ésta iba para su liquidación, entonces el Consejo de Administración, tomó la decisión de terminarle el contrato de prestación de servicios; que, el demandante, tenía libertad para ejercer sus funciones como gerente, sin que en ningún momento nadie le dijera lo que tenía que hacer, él contrataba al personal sin el consentimiento del Consejo; que, el Consejo de Administración, estaba integrado por 5 personas, pero 3 eran los principales y el demandante, siempre contó con el apoyo del señor Eladio Nieto, quien con el apoyo del otro consejero eran quienes decidían; advirtió que, nunca fueron informados de la recomendación por parte de la asesora jurídica o cualquier otra persona, de vincular al actor, mediante contrato laboral; que, COOPSECAR es una cooperativa pequeña de máximo 30 o 31 asociados y nunca fueron enterados de esa forma de contratación; que, el señor PEDROZA RAMOS hacía sus propias proyecciones del valor de sus comisiones, y pagaba la Seguridad Social suya y de sus trabajadores; explicó que, en virtud del Decreto 173 de 2001, para conservar su negocio, los trabajadores de carga se asociaron y definieron que pagar un porcentaje para que los asociados que consiguieran trabajo adicionales, por fuera de la cooperativa aportaran a ésta, pero no por el cliente Cartones de América, con quien ya la Cooperativa venía trabajando; que, cuando el demandante, con LUIS ELADIO NIETO MAGUB y la asesora jurídica MARÍA VICTORIA VELÁSQUEZ RICO, tenían a cargo la Cooperativa, cambiaron todas las reglas y lo que ellos dijeran era lo que se hacía; que, la revisora fiscal, YOLANDA SUÁREZ RODRÍGUEZ, en una asamblea general, informó que el demandante, no dejaba registro de los viajes, pero sí, él y Eladio Nieto, se hacía directamente los pagos sin ningún soporte; que, el actor, era quien autorizaba los gastos y ejecutaba el presupuesto, los presentaba a la asamblea y como LUIS ELADIO NIETO MAJBUB, hacía parte del Consejo de Administración, entonces le aprobaban todo; que, las actas tanto de

asamblea como del consejo eran elaboradas por la asesora jurídica MARÍA VICTORIA VELÁSQUEZ RICO; que, la Cooperativa, tiene una junta de vigilancia, pero siempre imperaba lo que decía el demandante y ante la falta de conocimientos de los asociados fueron asaltados en su buena fe; que, tanto el actor, como Eladio Nieto, elaboraban los informes de la Junta de Vigilancia; que, como gerente de la Cooperativa, el demandante, nunca les manifestó nada respecto a su vinculación mediante contrato de trabajo, como reza en los estatutos; que, el testigo fue quien ocupó el cargo de gerente desde el 30 de marzo de 2016 por 3 años, pues, en la asamblea celebrada en marzo de 2016, estando presente el actor, se le notificó la terminación de su contrato.

JAVIER HERNÁNDEZ MAHECHA, informó que, era conductor de un vehículo de propiedad del demandante, quien le pagaba la Seguridad Social y nada más porque tenía un contrato de prestación de servicios; que, iba a COOPSECAR, día de por medio y el actor, siempre estaba allá; que, la mercancía que llevaba era la que contrataba con Cartones América; que, el demandante, como gerente de la demandada, *“era el único que se encargaba de la carga”*, pero también había un señor, el jefe de operaciones, en Cartones América que enviaba la carga; que, cada dueño de los vehículos pertenecientes a la Cooperativa contrataba su conductor; que, después de la salida del demandante, el testigo convocó a la demandada, a una conciliación porque le cerraron las puertas en Cartones América y no pudo trabajar más.

MARÍA ANA DOLLY CUERVO LOPEZ, asistente de gerencia de COOPSECAR desde el año 2009, dijo que el demandante, era asociado y gerente, giraba cheques, hacia pagos a la Seguridad Social, se realizaba sus propios giros por los pagos de asistencia técnica y gastos de representación, adicionalmente se hacia los pagos como asociado de lo producido por sus vehículos; dijo que, el actor, junto a LUIS ELADIO NIETO MAJBUB, se hacían las liquidaciones de los fletes y se giraban el dinero; explicó que, en la asamblea del año 2016, se eligió un nuevo Consejo de Administración y el demandante, fue destituido por malos manejos, ya que, se abrió un negocio en Cali y la persona que fue contratada por el demandante, para manejar la Cooperativa allá, falsificaba manifiestos y cometió una serie de irregularidades con los clientes; que, el demandante, era autónomo para celebrar contratos; que, en el año 2012, a la testigo se le cambió el contrato de prestación de servicios por contrato de trabajo, pero nunca le informaron por qué razón habían hecho el cambio; explicó que, las actas de las reuniones del Consejo de Administración, eran escritas a mano por la asesora jurídica; que, el demandante era quien administraba la Cooperativa, y ELADIO NIETO era comercial y actuaba como director administrativo en el Consejo de Administración, y casi siempre se reunía con el actor, para tratar temas de los negocios de la Cooperativa; que, la asesora Jurica revisaba la documentación de los clientes, pero el señor PEDROZA RAMOS, era autónomo en las contrataciones como representante legal; que, el

demandante y el señor ELADIO NIETO, se liquidaban las comisiones de la cartera Cali, y pasaban a la parte contable las transferencias, pero nunca presentaban un anexo para saber de dónde salían esos valores; que, la señora ADRIANA ERAZO, quien era la encargada de los negocios de COOPSECAR en Cali fue citada en Bogotá, para rendir descargos por los malos manejos de ésta allí, pero desconoce quién le terminó el contrato.

YOLANDA SUÁREZ RODRÍGUEZ, dijo haberse desempeñado como revisora fiscal de COOPSECAR desde marzo de 2009 y hasta marzo de 2016, cuando renunció en la asamblea general; informó que, por su cargo, iba una vez a la semana a la Cooperativa, y que, el demandante, se desempeñó en ésta, como gerente, representante legal y asociado; que, el actor, tenía un contrato de prestación de servicios, nadie ejercía subordinación sobre él, tenía autonomía del 100% en el manejo de los bancos, manejaba los negocios, hacían reuniones mensualmente en la Cooperativa, nunca entregaba un informe, todo lo que hacía era contable, realizaba las transferencias de los recursos a los asociados y los pagos de la Seguridad Social, le pagaba también a los 2 o 3 colaboradores que había en esa época; que, el demandante, recibía una retribución mensual, pasaba una cuenta de cobro que se llamaba asistencia técnica; que, siendo el demandante, la persona encargada de realizar los pagos de los trabajadores vinculados por contrato laboral, jamás reclamó porque no se le cancelaban a él también prestaciones sociales; que, el señor PEDROZA RAMOS, tenía a disposición el manejo de las transferencias y la chequera, porque el Presidente del Consejo de Administración, siempre dejaba firmada y el actor, era la segunda firma; refirió que, el demandante, siempre fue consciente que su vinculación con COOPSECAR era por prestación de servicios y de ello siempre dejaba constancia en las actas de las reuniones y asambleas, ya que, sólo 3 o 4 personas tenían contrato de trabajo; que, el demandante, fue quien contrató a la asesora jurídica y ésta fue quien elaboró los contratos de prestación de servicios del contador, revisor fiscal y el gerente en su momento; que, en el último año, 2015-2016, el demandante, hizo malos manejos en la Cooperativa, con unos contratos que había realizado en Cali y Soacha, los cuales representaron una pérdida bastante razonable para COOPSECAR; que, ella renunció a su cargo de revisora fiscal, porque a partir de esas denuncias, el demandante, no la dejaba hacer arqueos de caja, hubo un faltante de mercancía en Cali, y nunca le informaron a ella como revisora fiscal y cuando les hizo el reclamo se quedaron cayados; que, cuando ella detectó los malos manejos, tuvo que ponerlos en conocimiento del Consejo de Administración directamente, porque tuvo inconvenientes para reunirse con ellos porque el demandante, siempre les decía a los consejeros que la revisora y la contadora no entregaban informes y a ellas les decía que los consejeros no se querían reunir, pero un día se encontraron saliendo de la Cooperativa y ella les manifestó que necesitaba una reunión urgente y ahí los enteró de la situación; que, el señor NEYITH PEDROZA RAMOS, *“tenía totalmente autonomía de la cooperativa, él nunca cumplió un horario, él salía cuando quería, él nunca informaba para dónde iba, a veces iba los fines de*

semana y nunca informaba absolutamente que no iba a estar, él jamás presentó un informe al consejo de administración, durante el periodo que yo estuve, únicamente hacia un informe ante la asamblea, que la Dra. MARÍA VÍCTORIA le ayudaba a hacer, pero era simple de la gestión, de lo que él hacía, pero informes de parte de la jurídica tampoco nunca entregó, ella tampoco nunca aclaró nada de los contratos que se manejaban en la Cooperativa, sino siempre era la parte administrativa, lo que él realizaba (...) nunca tuvo subordinación de nadie, porque por eso tampoco le pedían informes en el consejo, pues, para no subordinarlo, pero, él las salidas de dinero siempre tenía el 100% de autonomía, entonces es ahí donde yo digo, sí él sabía por qué no pagaba sus salarios, si era el que pagaba absolutamente todo en la Cooperativa, Seguridad Social también la pagaba él (...) él nunca pagaba la seguridad social de él como trabajador, sino era como asociado”; explicó que, las asistencias técnicas, que el demandante y ELADIO NIETO presentaban, era por los negocios de los transportes que hacían y las mercancías que tenían “pero nunca se tributó como una bonificación”; que, como revisora fiscal, requirió al actor, para que presentara cuadros relacionados con la forma en que se estaban liquidando la asistencia técnica, pero cada vez que ella le exigía algo “el señor se ponía furioso conmigo”; que, nadie controlaba los pagos que el demandante, se hacía por transferencias; que, la asesora jurídica, tampoco presentaba informes, ni le advirtió a nadie que posiblemente se estaba gestando una relación laboral con el demandante ; que, el actor, se pagaba la comisión por asistencia técnica, sin ni siquiera presentar cuenta de cobro.

ZULAY ACOSTA MORENO, manifestó haberse desempeñado como contadora en COOPSECAR, desde el año 2014, donde conoció al demandante, quien se desempeñaba como gerente en la Cooperativa, manejaba los recursos, hacía contratos y tomaba las decisiones de la misma, “*todos los pagos, el manejo del recurso más importante de la cooperativa, que era el efectivo y el equivalente al efectivo lo manejaba directamente el señor NEYITH PEDRAZA*”; que, el actor, tenía un contrato de prestación de servicios y recibía como remuneración una asistencia técnica sobre los viajes nacionales; que, NEYITH PEDROZA RAMOS y ELADIO NIETO se liquidaban las comisiones directamente en su oficina y a puerta cerrada, luego entregaban la transferencia que se hacían “*él nunca nos entregó un soporte en el que estuviera estipulado cuánto había sido el servicio y cuánto había sido el costo de esos viajes nacionales, nunca lo entregó, el único soporte que él nos entregaba era del giro que se hacían*”; que, ella junto con la revisora fiscal, le solicitaban al actor los soportes de las transacciones, pero él nunca los entregó; dijo que, la Cooperativa, expulsó al demandante y a ELADIO NIETO, por haberse girado unos valores, después de que en la asamblea del 2016, los removieron de sus cargos, “*en esa asamblea, la misma asamblea dijo que ya no se comisionaran sobre el 35% de esos viajes nacionales, sino que tenía que ser del 10, sino que posterior a eso, la asamblea se hizo en el mes de marzo y posteriormente ellos en el mes de abril se giraron las comisiones*”; que, el demandante, fue gerente prácticamente

hasta el 31 de marzo de 2016, cuando fue removido en ese mismo instante *“pero él se quedó como hasta abril pasados, porque, pues, el nuevo gerente que era el señor MARCOS VELANDIA, que fue nombrado en esa asamblea, no le entregaba el cargo”*; que, la testigo renunció en el 2015 a su cargo de contadora, por la mala gestión del demandante, pues, la Cooperativa, empezó a tener perdidas desde el 2014 y se iban incrementando, y ella junto a la revisora fiscal le pedían al demandante, una reunión con el Consejo de Administración, pero él no los convocaba o les decía que ellas no podían estar presentes; que, nunca tuvo la oportunidad de ver el contrato mediante el cual el demandante fue vinculado como representante legal y gerente de COOPSECAR; que, la Cooperativa cancelaba la Seguridad Social de los asociados y posteriormente se les descontaba, por lo que, ese rubro *“jamás ha hecho parte del gasto de la cooperativa eso se contabilizaba como una cuenta por cobrar a cargo de cada asociado, así como todos sus conductores y auxiliares”*; que, en la asamblea de marzo de 2016, se dejó claro que el 35% de asistencia técnica era sólo sobre clientes nuevos, sin embargo el demandante y ELADIO NIETO, se liquidaban el 35% sobre todos los viajes nacionales.

LUIS ARBEY RODRÍGUEZ MALAVER, asociado y fundador de COOPSECAR, dijo haber hecho parte de la Junta de Vigilancia y del Consejo de Administración en varias oportunidades; explicó que, el demandante, fue el gerente de la Cooperativa, entre los años 2006 y 2016; que, la terminación de la labor del actor, como gerente, se decidió en la asamblea de socios de marzo de 2016, por malos manejos con clientes en Cali, Mosquera y Soacha, que fueron ventilados en la misma asamblea, advirtiéndole que las pérdidas de la Cooperativa eran muy altas en ese momento, entonces al conocer los estados financieros todos los asociados decidieron revocarle el nombramiento y se postuló al señor MARCOS VELANDIA como gerente; que, desde que la Cooperativa se fundó en el año 2001, en ningún momento se acordó una remuneración para el gerente, únicamente se pactó el pago de una comisión por viajes nacionales, porque los viajes urbanos los maneja directamente los carros de la Cooperativa; que, el demandante, era autónomo en sus decisiones, tanto en contrataciones como compras; que, en los estados financieros siempre se indicó que el demandante, tenía un contrato de prestación de servicios, desde que fue designado por el Consejo en el 2006; que, el actor, nunca se prestó para hacer el empalme con el gerente nuevo.

JOSÉ REYES, socio de la demandada desde 2005 y actual miembro del Consejo de Administración, manifestó conocer al demandante, como asociado y gerente de 2006 a 2016, quien fue retirado por *“unas platas que estaban como confusas y era una suma bastante cuantiosa y también por estados financieros, aparecía con un préstamo él y don Eladio Nieto y otra asociada, más de 30 millones y veinte algo cuando el consejo no había autorizado los préstamos y aparte de eso la asamblea en pleno tomó la decisión de bajar los porcentajes de comisiones, pero entonces ellos siguieron*

comisionando con los porcentajes que estaban cobrando"; que, el porcentaje de comisión del 35% era sobre clientes nuevos que el actor, consiguiera diferentes a Cartones América, que era el cliente que siempre había tenido la cooperativa; que, el Consejo de Administración, nunca intervino en las contrataciones que hacia el demandante y si alguna vez lo hizo, fue en la designación de revisor fiscal; que, la asesora jurídica era quien elaboraba las actas del consejo de administración.

YULI STEPHANIE TORRES VILLALBA, dijo trabajar para COOPSECAR, desde hace 7 años como asistente contable; informó que, fue el demandante, quien la contrató en el año 2014; que, el demandante, como gerente se encargaba de realizar pagos, de todo el manejo de la Cooperativa, coordinaba los viajes, realizaba contrataciones, no tenía un horario, ni días específicos para ir a la oficina, si tenía que ausentarse dejaba todo listo y si se presentaba alguna novedad la asistente de gerencia era la persona encargada; que, el actor, recibía unos gastos de representación por gerencia más una asistencia o comisión por los viajes nacionales, que se le pagaba mensualmente; que, la testigo no estuvo en la Cooperativa, para la época en que el actor, fue desvinculado; que, el señor PEDROZA RAMOS, convocaba y asistía a las reuniones del Consejo de Administración, junto con la asesora jurídica, él era quien daba las órdenes y le informaba al Consejo de las decisiones que se habían tomado, sin que éste haya recibió un memorando o llamado de atención por parte del Consejo de Administración; que, el actor, tenía el manejo del 100% de bancos y le daba a la testigo la orden de realizar cheques, él le entrega el soporte o la transferencia y ella se encargaba de registrarlo en el sistema.

Teniendo en cuenta lo anterior, y sin desconocer que estatutariamente la COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA - COOPSECAR, determinó que la vinculación de su gerente general sería mediante contrato de trabajo, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, lo cierto es que, del análisis en su conjunto de la prueba tanto documental como declarativa recaudada en el curso del proceso, claramente se advierte que, el señor NEYITH PEDROZA RAMOS, actuó con total autonomía e independencia en el ejercicio de su cargo como gerente y representante legal de la Cooperativa, sin que estuviera sujeto al Consejo de Administración, actuando con total libertad en los temas administrativos y lo relacionado con su propia remuneración, que, como señalaron los testigos, él directamente se liquidaba y cancelaba, sin ningún tipo de supervisión, ni soporte al respecto. Declaraciones plenamente válidas, pues, los testigos, eran plenos conocedores de los hechos debatidos, ya que, participaron de una u otra forma no solo en la elección del actor, como gerente de la Cooperativa, sino también estuvieron presentes en el desarrollo de su gestión y, por tanto, dan la razón de la ciencia de su dicho, ofreciendo credibilidad a la Sala, para llegar a la convicción necesaria de que el vínculo no fue de carácter dependiente o subordinado sino en virtud de un mandato conferido de naturaleza civil.

Tampoco de las funciones que como gerente de COOPSECAR, desempeñó el señor NEYITH PEDROZA RAMOS, se logra determinar que en su ejecución éste haya estado siempre supeditado a las órdenes e instrucciones que le impartiera el Consejo de Administración de COOPSECAR, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, ni que conllevara una limitación de su autonomía, de donde pudiera inferirse la existencia de una subordinación laboral en los términos exigidos por el artículo 23 del CST, pues como lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“todo contrato comporta obligaciones y su realización no significa dependencia jurídica de quien se obliga, frente a quien exige su cumplimiento”* (Sentencia Rad. 21910 del 01 de diciembre de 2004).

Así las cosas, contrario a lo considerado por la *a quo*, para esa Sala, la Cooperativa demandada, logró demostrar que, con el demandante no se estableció un vínculo de carácter laboral sino uno ajeno a la protección del derecho del trabajo, y por tanto, no estaba obligada al pago de los reconocimientos salariales y prestacionales reclamados en el libelo demandatorio; es decir, que se desvirtuó la presunción legal establecida en el artículo 24 del CST, en el sentido que la relación vinculante no fue en virtud de la ejecución de un contrato de trabajo sino en uno de carácter civil, razón por la cual se revocará la sentencia apelada, para en su lugar, absolver a la parte demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Igualmente, dadas las resultas de esta decisión, la Sala, se releva del estudio del recurso de apelación presentado por la parte actora, relacionada con los factores salariales, indemnización moratoria y prescripción.

Costas en la alzada a cargo del demandante. Se revocan las de Primera Instancia, que también lo serán a cargo del actor.

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,

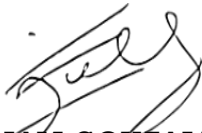
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la **COOPERATIVA DE SERVICIOS DE CARGA DE LA SABANA – COOPSECAR** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **NEYITH PEDROZA RAMOS**, conforme las razones expuestas con anterioridad.

SEGUNDO: COSTAS en la alzada a cargo del demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$580.000 a favor de la demandada. Se revocan las de Primera Instancia, que también estarán a cargo del actor.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105018202100262-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 17 de abril de 2023, por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JAZMÍN GALLO ROA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

JAZMÍN GALLO ROA, 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 existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con COLFONDOS S.A.; que, se declare que COLFONDOS S.A., incurrió en omisión en el deber de información que tiene las entidades financieras relacionado con la comunicación al afiliado de los beneficios y desventajas de tenía el RAIS; y, en consecuencia, que, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS; que, se condene a COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES, los aportes y todos los valores que haya recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado; que, se condene a COLPENSIONES, a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin

solución de continuidad; que, se condene a las demandadas, al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 29 de enero de 1969; que, inició su vida laboral el 13 de enero de 1987, cuando prestaba sus servicios para el empleador CORPORAC CAFETERIA, siendo afiliada al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a través del ISS, hasta el 18 de agosto de 2000, cuando asesores de COLFONDOS S.A., visitaron las dependencias de la empresa NESTLE COLOMBIA S.A., donde se encontraba trabajando y lo ofrecieron el cambio de régimen pensional, para lo que, diligenció el formulario de vinculación No. 7388973.

Refirió que, el agente comercial de COLFONDOS S.A., le manifestó que, de trasladarse al RAIS, podría pensionarse a una menor edad y recibir un valor más alto de mesada al que le otorgaría el ISS, que estaba próximo a desaparecer, perdiendo todo el tiempo allí cotizado; que, no se le realizó por parte del representante de la AFP, una proyección o liquidación de la pensión en uno y otro régimen pensional, no se le explicó la posibilidad que tenía de regresar al RPM, antes de los 47 años de edad, ni se le advirtió del capital mínimo que requería para acceder al derecho pensional en COLFONDOS; que, nada se le dijo en cuanto a las implicaciones, ventajas, desventajas y características del traslado efectuado; que, el 24 de mayo de 2021, le solicitó a COLPENSIONES, su afiliación al RPM, petición que le fue negada en la misma fecha (Archivos 01 y 04).

CONTESTACIÓN 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (Archivo 08).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos (Archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de abril de 2023, el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado que realizó la señora JAZMIN GALLO ROA, a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el día 18 de agosto de 2000 con fecha de efectividad 01 de octubre del mismo año; declaró que, para todos los efectos legales la demandante, nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia siempre permaneció en el RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS S.A, a devolver dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia, a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora GALLO ROA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y de más emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno; ordenó a COLPENSIONES, aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 13 de octubre de 1987, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante, en el RPM, una vez se encuentre ejecutoriado el fallo; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, condenando en costas a COLFONDOS S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, solicitando que ésta, se revoque en su integridad, pues, la demandante, guardó silencio por más de 21 años, respecto de la información que le fue proporcionada el 18 de agosto de 2000, por parte de COLFONDOS S.A., lo que denota un abandono de su asunto pensional, como se corrobora con el interrogatorio de parte absuelto por la ésta; que, el traslado de la actora, se efectuó de manera libre y voluntaria, sin que se sintiera coaccionada para efectuarlo y estuvo de acuerdo con ello; que, conforme a las pruebas allegadas y practicadas en el proceso, no se logró demostrar de manera indiscutible la falta de asesoría; que, fue la demandante, quien faltó a su deber de diligencia y cuidado, como consumidora financiera, dada la naturaleza de la Administradora de Pensiones, a la cual se encuentra válidamente afiliada, tal y como lo determina el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010, por lo que, mal puede recaer únicamente en las demandadas las consecuencias de su decisión; que, debe tenerse en cuenta la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, y la equidad; que, en el presente caso, no se estaba ante un afiliado lego, ya que, la actora, es profesional y para la data de su traslado al RAIS, ya era profesional en administración de empresas, por lo que, no carecía de la capacidad para ilustrarse suficientemente; que, la señora GALLO ROA, no contaba con una expectativa de pensionarse, al momento de efectuar el traslado de régimen pensional, toda vez que, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sólo

contaba con 222,25 semanas y 25 años de edad, de ahí que no era beneficiaria del régimen de transición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, insistió en que se debe revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones de la actora, pues, resulta inverosímil que la demandante, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta cuando acreditó la edad exigida por la ley para acceder a la pensión de vejez, que, decidió solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; *iii)* si el nivel profesional que ostenta la demandante, es argumento suficientemente válido, para exonerar a la Administradora de Fondos de Pensiones de su obligación de información; y, *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de

estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un

		<i>consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, reclamación administrativa radicada ante COLPENSIONES, el 24 de mayo de 2021; formulario vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y Pensiones Obligatorias de COLFONDOS, diligenciado el 18 de agosto de 2000; reporte de historia laboral de la demandante en COLFONDOS S.A., donde al 28 de mayo de 2021, tiene cotizadas un total de 1.606 semanas; respuesta de COLPENSIONES, del 24 de mayo de 2021, negando por improcedente la solicitud de afiliación al RPM, al encontrarse la actora, a 10 años o menos de cumplir con el requisito de tiempo para pensionarse; reporte de semanas cotizadas por la demandante a COLPENSIONES, desde el 13 de enero de 1987 y hasta el 30 de septiembre de 2000; copia de la cédula de ciudadanía de JAZMÍN GALLO ROA, nacida el 29 de enero de 1969; consulta SIAF, de donde se advierte el traslado de la demandante, a COLFONDOS S.A., con fecha de efectividad 01 de octubre de 2000 (Archivos 01, 04, 08 y 09).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, el 18 de agosto de 2000, se trasladó al RAIS, administrado

por COLFONDOS S.A., firmando el formulario de vinculación, pero no le explicaron nada respecto al derecho de retracto; que, en la Compañía, donde ella trabajaba hubo una feria, a la cual asistieron COLFONDOS, PROTECCIÓN S.A y la AFP PORVENIR S.A., cada Administradora, tenía un stand y la persona asesora del fondo privado, dependiendo del tiempo en que estuviera cada trabajador afiliado al Seguro Social, le indicaba si le convenía pasarse o no al RAIS, por lo que, como ella no tenía mucho tiempo cotizando en el ISS, el asesor le dijo que le convenía trasladarse, para lo cual, solo debía diligenciar y firmar el formulario de vinculación, siendo muy corta la explicación, pues, el puesto de COLFONDOS S.A., tenía una fila muy larga; que, no le indicaron nada relacionado con la distribución de su cotización, ni los seguros para la pensión de invalidez, sobrevivientes y renta vitalicia, tampoco le dijeron nada de los aportes al Fondo de Solidaridad Pensional, ni de los gastos de administración, menos aún se le explicó alguna característica específica del RAIS, frente al RPM; que, como tenía la nómina en el CITIBANK, ella y sus compañeros pensaron que la mejor opción era COLFONDOS S.A., para que todo quedara en el mismo grupo empresarial; que, hace un par de años, se acercó a una oficina de COLFONDOS, para averiguar que trámite debía adelantar para pensionarse, porque pensaba que ya era momento, allí le dijeron que tenía varias semanas cotizadas por encima de lo requerido, pero que, el capital ahorrado era insuficiente para pensionarla, entonces ahí comenzó a indagar por el capital que requería y le dijeron que su mesada podría quedar con un valor de \$20.000 por encima del salario mínimo legal mensual, entonces ahí entendió que realmente no le convenía haberse traslado de régimen pensional, pues, de lograr su retorno allí obtendría una mesada superior; que, recibe extractos pero no los entiende;

También absolvió interrogatorio de parte, la representante legal de COLFONDOS S.A., manifestando que, respecto a la información brindada a la actora, al momento de su traslado al RAIS, esa Administradora, sólo cuenta con el formulario de afiliación.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, 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 JAZMÍN GALLO ROA, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los

términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De otra parte, tampoco resulta válido el argumento expuesto por la demandada COLPENSIONES, respecto al nivel profesional que ostenta la demandante, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3349 de 2021, donde dijo que, *“el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad”*, pues, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no deja duda de que esa carga fue impuesta a las entidades del sistema y, por tanto *“no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento”*. Además, que, de la profesión del asegurado no se puede deducir una regla excluyente del deber de la Administradora de pensiones, por lo que, aun conociendo aspectos relacionados con el sistema financiero y el manejo de las AFP, estas deben demostrar la acreditación de sus obligaciones profesionales respecto de sus eventuales afiliados.

Continuando con lo que es tema de apelación, también debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el*

traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen” (CSJ SL2877-2020).

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, en los términos del artículo 365 del CGP, al no haber prosperado los argumentos de su apelación. Las de Primera Instancia se confirman.

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

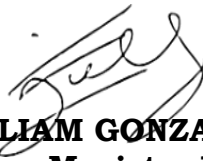
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de abril de 2023 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JAZMÍN GALLO ROA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 018 2021 00262 01 DE JAZMÍN GALLO ROA CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora GALLO ROA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105018202000305-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA22-11918 y CSJBTA22-15 del 2 de febrero y 1 de marzo de 2022, el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ERNESTO ARIAS ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

JORGE ERNESTO ARIAS ROJAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia del traslado efectuado a finales de 1998 a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen y en especial de su situación personal y concreta; que, se retrotraigan las cosas a su estado anterior, ordenando a COLPENSIONES, que lo incluya en el RPM, como su afiliado, como si nunca se hubiese trasladado, en virtud del regreso automático; que, se reconozca la pensión de vejez, a partir del 28 de abril de 2020, de conformidad con lo establecido por la Ley 797 de 2003, por tener más de 62 años de edad y 1300 semanas cotizadas, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 28 de abril de 1958, por lo que, a la presentación de la demanda, tenía 62 años de edad; que, a finales de 1998, se trasladó del RPM al RAIS, mediante afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpatria S.A. hoy AFP PORVENIR S.A.; sin embargo, dijo que, el asesor comercial no le brindó información clara, completa y oportuna de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, no le hizo un estudio particular de su caso, sino que se limitó a ilustrarlo acerca de los beneficios del RAIS.

Indicó que, la AFP PORVENIR S.A., le realizó una simulación pensional, bajo la modalidad de retiro programado con una fidelidad del 100%, arrojando una mesada pensional de \$1.835.900, mientras que, en el RPM, le correspondería una suma equivalente a \$6.184.114, teniendo en cuenta un total de 1.662 semanas cotizadas entre el 11 de noviembre 1986 y el 30 de enero de 2020; que, el 23 de junio de 2020 agotó la reclamación administrativa y mediante comunicación de la misma fecha COLPENSIONES, le negó la solicitud de ineficacia del traslado realizado a la AFP PORVENIR S.A. (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 04).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al RPM, error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas, la innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público (Archivo 05).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de agosto de 2022, el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, quien deberá

reactivar la afiliación del actor, al RPM y recibir los dineros que le fueren trasladados; absolvió a las demandadas, de las demás pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, para que se revoque en su totalidad la decisión de Primer Grado, pues, sin desconocer los múltiples pronunciamientos jurisprudenciales acerca de la ineficacia del traslado, no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, esto, por cuanto el demandante, es una persona capaz, plena, consciente y por lo tanto, su traslado al RAIS, estuvo precedido de toda la información necesaria para concluir que esa era su opción más viable para sus intereses futuros; en consecuencia, la fluctuación del mercado laboral, la reducción de sus salarios y otros factores que generan mayores o menores réditos, no pueden considerarse razones suficientes para afirmar que se incumplió con el deber de información por parte de la AFP, a la cual se trasladó; que, dada la forma de liquidación del derecho pensional en el RAIS, incierto era, el valor de su mesada pensional, al momento de su cambio de régimen, por ello, no se le podía exigir a PORVENIR S.A., una proyección, ni imputar la falta de información cuando no era su obligación; que, la carga dinámica de la prueba no se puede aplicar de manera desproporcionada, ya que, quien afirma la ocurrencia de un hecho en quien lo debe soportar probatoriamente; que, la ignorancia de la ley, no es razón suficientemente válida para que el demandante, alegue que su decisión de traslado de régimen pensional, fue mal tomado, habiendo permanecido en el RAIS, por más de 20 años, más aún cuando las características de dicho régimen se encuentran consignadas en la Ley 100 de 1993, que por ser de orden nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos; que, el traslado del demandante, afecta el sistema financiero del RPM, por la variación porcentual del aporte pensional en uno y otro régimen, además de la falta de cotización del actor, al fondo común de este régimen y su no fidelidad al mismo; también solicitó que no se imponga condena en costas.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, el traslado del actor, al RAIS, goza de plena validez y además de ello, el traslado de régimen es una potestad única y exclusiva del afiliado, sin que pueda trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; además que, tampoco demostró el actor, la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima ocasionada por la decisión de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual, toda vez que, de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conserva su posibilidad pensional, pues podría acceder al reconocimiento y pago de una pensión por vejez; de ahí que, no

hubo un vicio en el consentimiento o asalto a la buena fe del demandante, que justifique la decisión impugnada.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, en el presente caso no se demostraron los presupuestos legales, para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ya que, el formulario de afiliación suscrito por éste, es un documento público que se presume auténtico según los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54A del CPTSS, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin presiones, sumado a que el referido documento no fue tachado, ni desconocido como lo disponen los artículos 246 y 272 del CGP, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo; que, bien pudo del demandante hacer uso del derecho al retracto, pero guardó silencio al respecto, prevaleciendo su derecho a la libre escogencia; que, por el contrario quedó acreditado el cumplimiento de esa AFP, en cuanto al deber de información, por lo que, debió la *a quo*, realizar un análisis crítico y en conjunto de la totalidad de las pruebas, para concluir que no procedía la ineficacia del traslado de régimen pensional del accionante, razón por lo que, solicitó revocar en su integridad la sentencia de Primera Instancia.

El demandante, por su parte, alegó que, tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado en el año 1998 al RAIS administrado por Colpatria hoy Porvenir S.A., y los posteriores traslados entre administradoras del RAIS, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta, y como consecuencia de la declaratoria de nulidad de dichos traslados, resultando acertada la decisión de Primer Grado, en cuanto retrotrajo las cosas a su estado anterior y se ordenó a Colpensiones tenerlo como válidamente afiliado al RPM como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.

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 COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLPATRIA S.A. hoy AFP PORVENIR S.A.; iii) si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al

RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; y, *iv*) si debe o no imponerse condena en costas a COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las

etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, la cédula de ciudadanía del demandante, quien nació el 18 de abril de 1958; reclamación

administrativa radicada ante COLPENSIONES, el 23 de junio de 2020; historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A., de donde se extrae que el actor, al 12 de marzo de 2020, tenía un total de 1662 semanas, de las cuales 570 lo fueron en el RPM y 1.092 en el RAIS; liquidaciones comparativas efectuadas por la parte actora, respecto al valor de su mesada en uno y otro régimen pensional (Archivo 01); consulta SIAF, donde se advierte que el traslado del RPM al RAIS, que efectuó el señor ARIAS ROJAS, a través de la AFP COLPATRIA, luego HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., se hizo efectivo a partir del 01 de noviembre de 1998; formulario 70585 de solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., diligenciado por el demandante, en el mes de septiembre de 1998; relación histórica de movimientos y de aportes de la cuenta individual del actor en PORVENIR S.A.; comunicación de la AFP demandada, dirigida al actor, indicándole el posible valor de su mesada pensional, de no volver a cotizar o cotizando 12 meses al año; historia laboral válida para bono pensional; certificación de afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A., desde el 01 de noviembre de 1998 (Archivo 04); expediente administrativo del demandante en COLPENSIONES (Archivo 05).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, en el año 1998, fue invitado a una capacitación, donde se presentó un asesor para explicarles la necesidad de trasladarse a las Administradoras privadas de pensiones, porque el Instituto de Seguro Social, estaba a punto de cerrar; que, le ofrecieron como beneficios por trasladarse al RAIS, pensionarse a una edad menor a la fijada por ley, con un monto superior al que recibiría en el RPM; que, la asesoría que recibió fue grupal, corta, pues estaban en horario de trabajo y no formuló preguntas, pues, *“el asesor inspiró tanta confianza que asumí que eso iba a ser una realidad”*; que, no se le informa nada acerca de una cuenta individual a la cual irían sus aportes, tampoco que ésta generaría unos rendimientos, ni que los mismos podían ser heredados; que, el formulario de traslado a la AFP COLPATRIA, fue diligenciado por el asesor y él se limitó a firmarlo, comprobando que sus datos personales estuvieran correctos; que, actualmente recibe extractos de PORVENIR, donde verifica que se haya realizado el aporte, pero que, *“no entiendo la totalidad”*; que, recibió una asesoría por parte de la AFP PORVENIR S.A, 2 o 3 años atrás, donde se le informó cuál podría ser el valor de su mesada, pero que, hasta el momento no le ha solicitado a esa Administradora, el pago de la pensión de vejez; que, la razón por la cual decidió presentar esta demanda, fue porque se sintió engañado, ya que, inicialmente los beneficios en relación con un rendimiento superior y la posibilidad de pensionarse antes de la edad obligatoria no se cumplieron.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado al actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JORGE ERNESTO ARIAS ROJAS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando

los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

Continuando con lo que es tema de apelación, también debe esta Sala, señalar 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.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JORGE ERNESTO ARIAS ROJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de esa recurrente y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 18 2020 00305 01 DE JORGE ERNESTO ARIAS ROJAS CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor ARIAS ROJAS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105021202100313-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la AFP PORVENIR, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 17 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **AGUIDULFO RENÉ VILORIA SANTAMARIA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

AGUIDULFO RENÉ VILORIA SANTAMARIA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, realizado a través de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., por omisión del deber de información, por lo que, debe ser afiliado al RPM, declarando, además, que, es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; y, en consecuencia, que, se condene a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes de su cuenta de ahorro individual; que, se

condene a COLPENSIONES, a aceptar dicho traslado, sin solución de continuidad desde 1988; que, se condene a COLPENSIONES, al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, aplicando el régimen de transición; que, se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, desde el 21 de abril de 1988, aportando un total de 497,29 semanas, hasta el 01 de junio de 1998, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy AFP PORVENIR S.A., donde permaneció hasta septiembre de 2000, cuando pasó a SANTANDER PENSIONES Y CESANTIAS, luego ING hoy PROTECCIÓN S.A.; que, el 01 de diciembre de 2005, se cambió a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA S.A., donde estuvo afiliado hasta el 30 de noviembre de 2008 y luego del 01 de marzo de 2011 hasta la actualidad.

Afirmó que, ni al momento de su traslado inicial, ni durante los cambios de administradora en el RAIS, le fue informado por las demandadas, que el valor de su mesada pensional podría ser inferior que en COLPENSIONES, no se le hizo una proyección que le permitiera comparar cuál régimen pensional le era más favorable; que, simplemente se le dijo que podría pensionarse a una menor edad, pero sin explicarle las implicaciones que eso tendría en el capital ahorrado; además que, el ISS se iba a acabar y no podría pensionarse.

Aseguró que, nadie le informó las ventajas o desventajas de trasladarse de régimen; que, nunca fue contactado por las AFP demandadas, antes de los 52 años de edad, para brindarle asesoría acerca de la oportunidad que tenía de retornar el RPM; que, a la presentación de la demanda, contaba con 1.420 semanas cotizadas; que, solicitó a las demandadas, la ineficacia de su traslado al RAIS y su retorno al RPM, pero obtuvo una respuesta negativa por parte de éstas (Archivos 01, 04 y 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas PROTECCIÓN S.A., COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, manifestó como excepciones 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver

la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica (Archivo 09).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 12).

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., alegó en su defensa las excepciones denominadas actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. Adicionalmente, llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha Aseguradora, vigentes de 2009 a 2018, el cual fue admitido por auto del 16 de agosto de 2022 (Archivos 15 y 17).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivo 16).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la pretensión del llamamiento en garantía, encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pues su único objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo la aseguradora debe asumir “*el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente*”; aceptó la mayoría de los hechos de llamamiento y formuló las excepciones de frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP SKANDIA carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección

asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.”, “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás que resulten probadas y puedan declararse oficiosamente (Archivo 19).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de marzo de 2023, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor AGUIDULFO RENÉ VILORIA SANTAMARÍA al RAIS, el 21 de abril de 1998, con fecha de efectividad el 01 de junio de la misma anualidad, por intermedio de COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., quedando igualmente sin valor, por la ineficacia, los traslados realizados con posterioridad a ING hoy PROTECCIÓN y SKANDIA S.A.; declaró como válida la afiliación del actor, al RPM, administrado por COLPENSIONES; condenó a la AFP PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de 1 mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, la totalidad de los dineros que descontaron de los aportes realizados por el demandante, por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el momento de afiliación del demandante y durante el tiempo de permanencia de éste con dichos fondos con cargo a sus propios recursos y utilidades

También, condenó la *a quo*, a SKANDIA S.A., como último fondo al que se encuentra afiliado actualmente el demandante, a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de la actor, por aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor VILORIA SANTAMARÍA, para lo cual, también le concedió el término de 1 mes siguiente a la ejecutoria de la sentencia, debiendo presentar de forma discriminada los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.; condenó

a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPM y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas y probada la propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a quien absolvió de las pretensiones del llamamiento en garantía; condenó en costas a PORVENIR, PROTECCION y SKANDIA, a ésta última por la demanda principal y por el llamamiento.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, solicitó revocar en su total la sentencia de Primer Grado, pues, no se dan los requisitos necesarios para acceder a la declaratoria de ineficacia del traslado de un régimen pensional, pues, como se desprende del interrogatorio de parte, el demandante, suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de traslado, no existiendo coacción alguna; además, sí recibió información por parte de la AFP, ya que éste manifestó conocer que a su nombre se crearía una cuenta de ahorro individual que generaría rendimientos, conocía también de la posibilidad de acortar el periodo para pensionarse y que, su intención de retornar al RPM, es recibir una pensión más alta; que, el demandante, ya se encuentra inmerso en la prohibición del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la Ley 797 de 2003 y no reúne los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010; que, de confirmarse la decisión, debe adicionarse la misma autorizando a COLPENSIONES, para que por vía judicial pueda reclamar a las co-demandas, la indemnización por daños y perjuicios, por tener que recibir al actor, como afiliado y más adelante posible pensionado.

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dijo que, esa AFP, no debe asumir con cargo a su propio patrimonio los gastos de administración, ni primas de seguro previsional, teniendo en cuenta, por expreso mandato legal, conforme al artículo 104 de la Ley 100 de 1993, se autoriza el cobro de comisiones y gastos; además, esos valores ya fueron utilizados por esa Administradora, y no se encuentran en su poder; que, los valores por primas de seguros, fueron trasladados a MAPFRE, para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que, en todo caso, sin aceptar la viabilidad de la condenas impuestas, los gastos de representación se encuentra afectados por el fenómeno de la prescripción; que, restituir estos valores, generaría un enriquecimiento sin justa causa de COLPENSIONES; que, no se debe ordenar la indexación de las condenas impuestas, sino su compensación; que, debe en virtud de la relación contractual entre SKANDIA y MAPFRE y, no tener en su poder el valor de las primas de seguros previsionales, que fueron canceladas a esa Aseguradora, es por lo que, también se debe condenarse a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., a sumir el pago de las mismas, más aun cuando en virtud de la ineficacia del traslado del demandante, tal contrato tampoco existiría ; que, no procede

condena en costas, pues, esa AFP, no tuvo ninguna incidencia en el traslado inicial del demandante, al RAIS.

La **AFP PORVENIR S.A.**, dijo no compartir la valoración de las pruebas recaudadas a lo largo del proceso, pues, aunque se considera que el formulario de afiliación, por sí solo no es suficiente para acreditar el cumplimiento del deber de información, para la fecha en la cual se materializó el traslado de régimen pensional, no había otra exigencia diferente para acreditar la asesoría brindada a los afiliados; que, con en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante, quedó demostrado que éste contó con una ilustración respecto a las características esenciales del RAIS; que, deben estudiarse las restituciones mutuas, pues, aunque se ordena el reintegro de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos financieros, actualmente la AFP PORVENIR S.A., no es la administradora de pensiones del actor, y por lo tanto, ya trasladó recursos que tenía a nombre del señor VILORA SANTAMARIA; que, respecto de los rendimientos financieros, COLPATRIA hoy PORVENIR, habría actuado en favor de COLPENSIONES, como un agente oficioso involuntario, gestionando el negocio de un tercero, no para su beneficio sino de otro, entonces no podría entregar unos rendimientos superiores, sino sólo aquellos que se hubiesen causado en el RPM; que los gastos de administración y primas de seguros previsionales se descuentan en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que, cualquier actualización o indexación debe tenerse por satisfecha con el valor de los rendimientos financieros.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó denegar todas las pretensiones de la demanda, esto, porque la nulidad del traslado de régimen fue una decisión única y exclusiva del afiliado, tomada de manera libre y voluntaria, sin que se haya logrado demostrar con suficiencia que adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento, pues no hubo una amenaza o una presión palpables.

La AFP PORVENIR S.A., indicó que, en el presente caso no se cumple con ninguno de los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ni de su afiliación inicial a esa AFP.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pidió mantener inalterable la decisión tomada por la *a quo*, en cuanto a la absolución de esa llamada en garantía, pues, es innegable, que, el contrato de seguro previsional estuvo vigente y activo, dispuesto para cubrir el riesgo asegurado si el evento condicional se producía, durante todo el tiempo de vigencia del seguro y así fue, pues el interés asegurable siempre existió o, si se quiere, estuvo vigente; que, no hubo decaimiento ni pérdida del interés asegurable, máxime cuando, atendidas las circunstancias temporales y cobertura del mencionado seguro previsional, él estuvo vigente y los riesgos objeto de amparo gozaron de cobertura; es decir, el objeto del contrato de seguro se realizó o se cumplió a plenitud y, si el siniestro

hubiera ocurrido, la prestación a cargo de la aseguradora se hubiera indiscutiblemente cumplido también.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos las demandadas COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y la AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLPATRIA S.A hoy AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLPATRIA S.A.; *iii)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; *iv)* si se debe condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; *v)* si operó el fenómeno de la prescripción respecto a las condenas impuestas; *vi)* si se debe autorizar a COLPENSIONES para demandar a las AFP, por los posibles perjuicios que le pueda ocasionar la decisión de ineficacia del traslado del demandante; y *viii)* si procede la condena en costas impuesta a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la**

presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.

Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen	Ley 1748 de 2014 Artículo 3º del Decreto 2071 de 2015	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de

consejo y doble asesoría.	Circular Externa N° 016 de 2016	los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, solicitud de afiliación y traslado a COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS, del 21 de abril de 1998; formularios de afiliación al Fondo de Pensiones Obligatorias Skandia, radicados el 23 de noviembre de 2010 y el 28 de abril de 2017; reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES, desde el 29 de marzo de 1988 al 30 de abril de 1998; reclamaciones presentadas ante SKANDIA y COLPENSIONES, con sus correspondientes respuestas; solicitud de vinculación al Fondo de pensiones Obligatorias Santander, del 22 de agosto de 2000; consulta SIAF con el historial de vinculaciones del actor, en el Sistema General de Pensiones; constancia de traslado de aportes de PROTECCIÓN a OLD MUTUAL; reporte estado de cuenta del demandante en PROTECCIÓN S.A.; actualización de datos en ING del 09 de noviembre de 2009; historia laboral consolidada del demandante en SKANDIA; estado de la cuenta individual del señor VILORIA SANTAMARIA en SKANDIA; historia laboral válida para bono pensional; historia laboral consolidada del actor en PORVENIR S.A.; certificado de afiliación y traslado de aportes de PORVENIR a ING; relación de movimientos de la cuenta individual del demandante en PORVENIR S.A. (Archivos 01, 09, 12, 15 y 16).

Dentro del curso del proceso, también absolviéron interrogatorio de parte, las representantes legales de SKANDIA S.A., la AFP PORVENIR S.A. y el demandante (Archivo 28).

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

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a las restituciones mutuas y la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben

devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

(...)

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

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre

el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibídem-.

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

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

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

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicha orden, habrá de aclararse los ordinales segundo y tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; sin que, además, sea posible aplicar la figura de la compensación, pues, no se cumple con las exigencias de los artículos 1714, 1715 y 1716 del CC, para su declaración.

Referente a lo manifestado por la recurrente SKANDIA S.A., del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere esa demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* (numeral 4° del artículo 2° del CPT y SS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede en este proceso resolverse sobre tal relación, con fundamento en lo anterior, se niega lo pretendido, incluso desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía se debe haber negado el mismo.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 21 de abril de 1998, con efectividad el 01 de junio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de Primera Instancia, en este sentido.

En el que tiene que ver con el fenómeno de la **prescripción**, los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

En cuanto a la condena en costas, que pide la demandada SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo

entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

Finalmente, respecto a la adición de la sentencia solicitada por COLPENSIONES, para que se autorice a ésta, a demandar a las AFP aquí vinculadas, por los posibles perjuicios que la declaratoria de ineficacia del traslado del demandante, pueda causar a esa Administradora, basta señalar que tal petición no fue objeto del Litigio, y en todo caso, la decisión de entablar una acción judicial es exclusiva de la Entidad y no le corresponde al Juez Laboral, emitir ninguna autorización al respecto.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las demandadas AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

Costas en esta Instancia, a cargo de las recurrentes, por haberles sido desfavorable la alzada. 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: ACLARAR los ordinales segundo y tercero de la sentencia proferida el 17 de marzo de 2023, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al

porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada una de ella y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

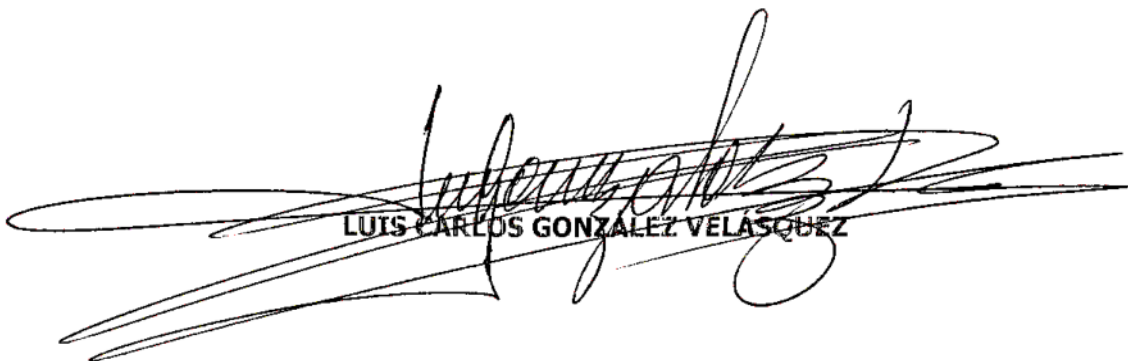
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 021 2021 00313 DE AGUIDULFO RENÉ VILORIA SANTAMARIA CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor VILORIA SANTAMARIA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013202100318-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Contrato de Trabajo –Estabilidad laboral Reforzada por la Salud.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las partes, contra la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que promovió **WILFREDO VILLARRAGA LUNA** en contra de **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.**

ANTECEDENTES

WILFREDO VILLARRAGA LUNA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., para que, se declare la existencia de una relación laboral a término fijo, que terminó de manera unilateral e injustificada por parte del empleador; en consecuencia, que se ordene su reintegro sin solución de continuidad, al cargo que desempeñaba al momento de la terminación del contrato de trabajo, o a otro igual o mejor, acorde con su capacidad laboral y su estado de salud actual, previa valoración médica y de salud ocupacional; que, se ordene el reconocimiento y pago de todos los salarios, prestaciones sociales de origen legal, beneficios derivados de la XXVIII Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre GENERAL MOTORS COLOMOTORES S.A. y los sindicatos SINTRAIME y SINTRAGMCOL, con capítulo especial del Sindicato UTE GM, así como los aportes al Sistema General de Pensiones, causados desde el despido y hasta cuando se materialice el reintegro; que, se ordene a la demandada, reembolsar el valor de los aportes al Sistema General de Salud, que tuvo que cancelar desde su despido y hasta su reintegro, que, se condene al pago de la indemnización equivalente a 180 días de salario, prevista en el inciso 2 del artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que se ordene la indexación de las condenas impuestas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las agencias y costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que, laboró para GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., mediante dos contratos de trabajo a término fijo, el primero de ellos del 04 de enero de 2006 al 20 de julio de 2008 y, el segundo, del 27 de octubre de 2009 al 26 de marzo de 2019, desempeñando funciones de operador de ensamble final II y controlador de calidad II.

Refirió que, en el examen médico de ingreso a la demandada, el 14 de diciembre de 2005, el Departamento Médico de GM COLMOTORES S.A., encontró su sistema osteomuscular normal y sin ninguna limitación de movimiento, calificado como apto B, para desempeñar cargos de tipo operativo; sin embargo, en vigencia de la relación laboral, entre los años 2011 y 2016, se le diagnosticó síndrome del túnel del carpio bilateral, tendinosis, bursitis, enfermedad degenerativa acromioclavicular, quiste óseo subcortical en la cabeza humeral, desgarró del labrum superior, bursitis subacromiodeltoidea crónica, síndrome del manguito rotador, discopatía degenerativa L5-S1, cambios disco degenerativos y trastornos de adaptación, como consta en certificado expedido por la EPS SALUD TOTAL, del 20 de septiembre de 2016.

Indicó que, en vigencia de la relación laboral fue objeto de una serie de recomendaciones laborales, vigentes desde el año 2010 y hasta el 2019, por sus enfermedades en miembros superiores y columna vertebral; que, ingresó al programa de adaptación laboral del Departamento de Salud Ocupacional de la demandada, que monitoreaba y hacía seguimiento al cumplimiento de las recomendaciones laborales, realizando visitas al puesto de trabajo, desde 2010 y hasta su despido; que, también estuvo en el programa de restricciones laborales de la Empresa, por presentar diagnóstico de síndrome de manguito rotador derecho.

Señaló que, en vigencia de la relación laboral, inició el proceso de calificación de origen de las enfermedades manguito rotador derecho y otras sinovitis y tenosinovitis, las cuales el 24 de agosto de 2010, la EPS HUMANA VIVIR, determinó eran de origen profesional; que, el 04 de septiembre de 2013 MAPFRE SEGUROS DE COLOMBIA, emitió dictamen de origen y pérdida de la capacidad laboral de las secuelas funcionales definitivas, por lesión labrum hombro derecho, lesión SLAP tipo II hombro derecho, quiste palabral hombro derecho, POP reconstrucción labrum y resección quiste paralabral hombro derecho, que, determinó como de origen común, con una PCL del 24.53%, estructurada el 26 de julio de 2013.

Manifestó que, el 17 de enero de 2014, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, estableció que, su enfermedad de síndrome de manguito rotador derecho y otras sinovitis y tenosinovitis, era común, por lo que, interpuso demanda contra dicho dictamen, la cual correspondió por reparto al Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá, con radicado 2017-0171; que, en vigencia de la relación laboral fue varias veces incapacitado, siendo la demandada, conocedora de todas las incapacidades presentadas por 1245 días, correspondientes a las enfermedades de tipo osteomuscular de miembros superiores y espalda, siendo la última de ellas otorgada el 29 de enero de 2019; que, también fue objeto de terapias físicas.

Advirtió que, realizó labores de ensamble y armada, descritas por la misma empresa, como actividades de incidencia o riesgo elevado para adquirir enfermedades; que, mediante comunicación del 26 de marzo de 2019, se le informó de la terminación de su contrato de trabajo, de manera unilateral y sin justa causa, decisión que se produjo en medio de un trámite administrativo ante el Ministerio de Trabajo, para cierre parcial y despido masivo de trabajadores, solicitado por la demandada el 21 de diciembre de 2018, dentro de los que se le incluyó a él como controlador de calidad; que, posterior a su despido, mediante la resolución 2227 del 08 de julio de 2019, el Ministerio de Trabajo, accedió a la autorización de despido masivo, protegiendo a aquellos que fueran sujeto de estabilidad laboral reforzada, enfatizando en la obligación de surtir el trámite administrativo para su despido, trámite que GM COLMOTORES, no cumplió en su caso particular.

Que, el examen médico de egreso se le practicó el 29 de marzo de 2019, dejando constancia de las enfermedades que padecía; que, se encontraba afiliado al SINDICATO UNIÓN DE TRABAJADORES ENFERMOS DE GENERAL MOTORS COLMOTORES S. A. - UTE GM, con capítulo especial en la convención del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA, METALMECÁNICA, METÁLICA, METALÚRGICA, SIDERÚRGICA, ELECTROMETÁLICA, FERROVIARIA, COMERCIALIZADORAS Y TRANSPORTADORAS DEL SECTOR – SINTRAIME, por lo que, tiene derecho a los beneficios de la XXVIII Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre GM COLMOTORES y SINTRAIME.

Dijo que, su esposa y sus hijos dependen económicamente de él; que, su hijo menor tiene problemas de hipoacusia bilateral moderada e hipermetropía, por lo que requiere audífonos de manera permanente y controles periódicos con médicos especialistas; que, no tiene otra fuente de ingresos, por lo que, se encuentra en dificultades económicas y es casi imposible que lo contraten en otro puesto de trabajo, por sus limitaciones físicas (Archivo 03)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demanda, **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.**, la contestó oportunamente, negó la mayoría de los hechos y se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando que, para el 26 de marzo de 2019, fecha de finalización del contrato de trabajo, el demandante, no se encontraba incapacitado, discapacitado, y menos aún se encontraba en estado de indefensión, por lo que, jamás fue objeto del fuero de estabilidad laboral reforzada, y por lo tanto, esa Compañía, no estaba en la obligación de solicitar autorización al Ministerio de Trabajo para terminar su vínculo laboral; que, al empresa, nunca le fue notificada una calificación de porcentaje de pérdida de capacidad laboral, siempre cumplió con el pago de las obligaciones a su cargo, relacionadas con salarios, prestaciones sociales y aportes al Sistema de Seguridad Social. Formuló la excepción previa de cosa juzgada constitucional, que, en audiencia del 22 de julio de 2022, decidió la *a quo*, resolver como perentoria; y las excepciones de mérito que denominó cosa juzgada

constitucional, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, compensación, pago, prescripción, enriquecimiento sin justa causa, buena fe de GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia del reintegro deprecado y la genérica (Archivo 27).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de octubre de 2022, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, condenó a la demandada, al reintegro del demandante, al mismo cargo que desempeñaba al momento de la terminación del contrato, el 26 de marzo de 2019, o a otro igual o de superior categoría, teniendo en cuenta las recomendaciones y restricciones laborales, al pago de los salarios dejados de percibir con sus aumentos legales, desde el despido hasta cuando efectivamente se haga el reintegro, declarándose para todos los efectos legales la no solución de continuidad en el contrato de trabajo, debiendo pagar los aportes a Seguridad Social y las demás prestaciones sociales; condenó a la demandada al pago de \$19.554.498 por la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada.

Mediante adición de la sentencia, ordenó que las condenas impuestas sean debidamente indexadas al momento de su pago.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las partes, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El demandante, solicitó adicionar la sentencia de Primer Grado, debido a que la *a quo*, no reconoció el pago de los beneficios o prestaciones derivadas de la Convención Colectiva de Trabajo, pues, el actor, estaba afiliado a la organización sindical de UTEGM, para la fecha del despido y se beneficiaba de la Convención Colectiva de Trabajo de SINTRAGMCOL.

La demandada, por su parte, solicitó revocar la totalidad de la sentencia apelada, pues, el trabajador nunca le notificó a GM, el concepto emitido por SALUD TOTAL en la certificación del 20 de septiembre de 2016, respecto a un cuadro clínico que causa incapacidad permanente, ni el documento del 08 de octubre de 2013 emitido por Mapfre, donde se indica una pérdida de capacidad laboral de 24.53%, y por tanto, no puede pretenderse que esa Compañía, conociera del supuesto estado de salud del actor, cuando éste no le informó nada al respecto, pese al deber que tiene de hacerlo; que, la Juez de Primer Grado, afirmó que era notorio el estado de salud del actor, y que, el representante legal de la Compañía confesó en el interrogatorio de parte rendido que tenía conocimiento del estado de salud del actor, sin valorar las demás respuestas dadas en esa diligencia, donde claramente se manifestó que

para la fecha de despido del trabajador, esto es, 26 de marzo de 2019, el señor VILLARRAGA LUNA, no se encontraba en estado de discapacidad, no había sido calificado, ni se encontraba incapacitado; que, nada se dijo respecto del interrogatorio de parte rendido por el demandante, el cual es completamente contradictorio a la documental aportada, ya que, no existe ninguna prueba del supuesto trámite de calificación que se encontraba realizando para la fecha del despido, por tanto, no es cierto que el demandante, se encontrara amparado por la protección de estabilidad laboral reforzada.

Adicionalmente, refiere la demandada que la jurisprudencia que sirvió de fundamento de la decisión apelada, no es aplicable al caso, pues, es necesario que el empleador, sea conocedor del estado de salud del trabajador, y no de incapacidades o recomendaciones, que la Empresa, sí cumplió; que, no se analizó en debida forma la documental obrante en el proceso, en relación con las recomendaciones médicas dadas al trabajador sólo para los años 2012 y 2013, que se acataron y fueron de carácter temporal; que, no se analizaron las funciones que realizaba el actor, las cuales nunca fueron modificadas, porque las labores que cumplía se acompañaban con las recomendaciones médicas; que, los testigos de la parte actora, ratificaron que al actor, no se le modificaron sus funciones y sus declaraciones no pueden servir de fundamento para la decisión, ya que, fueron testigos de oídas; que, nada se dijo en la decisión apelada respecto a la excepción de compensación, pues, al actor, se le canceló al momento de la terminación del vínculo laboral, la indemnización del artículo 64 del CST, entonces, al invalidar la terminación del contrato de trabajo debieron ser compensadas las sumas entregadas por este concepto; que, no existe un nexo de causalidad entre la terminación del contrato de trabajo y el supuesto estado de salud alegado, por cuanto quedó demostrado que el vínculo laboral finiquitó por una disminución en la producción, en donde se cerraron 2 líneas de producción, por un alto stock de carros, lo que llevó a la Compañía a solicitar autorización para hacer un despido colectivo, de aquellas personas que, como en el caso del actor, no tenían demostrada, ninguna protección especial. No se comparte que cualquier enfermedad que sufra el trabajador, *per se*, le da la obligación al empleador a mantenerlo en el empleo a perpetuidad, aun cuando estas no riñen con el desarrollo de sus funciones. Que, en caso de mantenerse la condena impuesta, tampoco resulta procedente ordenar su indexación, pues, los salarios se ordenaron pagar con los incrementos de ley, lo que implica su actualización a valor presente; también solicitó revisar la liquidación de la indemnización de que trata la Ley 361 de 1997, en tanto, no tuvo acceso a la manera como se liquidó, por lo que, se desconoce qué salario empleó la Juez para determinarla.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Corrido el traslado de ley, el demandante, insistió en que, debe adicionarse la sentencia apelada, ordenando también el pago de los derechos convencionales, en razón a que no hubo por parte de la *a quo*, ningún pronunciamiento al respecto. Además, solicitó acoger en su integridad los argumentos expuestos en Primera Instancia, en relación con su situación de discapacidad y el derecho

que le asiste a ser beneficiario de la estabilidad laboral reforzada en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

La demandada, por su parte, reiteró que el actor, no tiene derecho a la protección por estabilidad laboral reforzada por la salud, pues, a la terminación del vínculo laboral, no se encontraba incapacitado, no existió una calificación de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, jamás demostró que estuviese incapacitado para desarrollar sus funciones, ejerciendo de manera óptima su cargo como controlador de calidad; y que, por el contrario, sí quedó acreditada la causal objetivo para finiquitar el contrato de trabajo, como lo fue reducción en las líneas de producción de la Compañía; reiteró la imposibilidad de emitir condena alguna por indexación y en la necesidad de aplicar la compensación en caso de confirmar la sentencia apelada.

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

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por el artículo 66A del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si le asiste o no derecho al demandante, dada las patologías que padece, a la estabilidad laboral reforzada, dando plena aplicación a lo dispuesto por la ley 361 de 1997 en cuanto al pago de la indemnización de 180 días allí prevista (Art 26), así como a su reintegro, debiéndose establecer, por tanto, si se encontraba en estabilidad laboral reforzada al momento de su retiro el 26 de marzo de 2019

DE LA EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO

Con el material probatorio que milita en el expediente se tiene plenamente acreditado que el señor WILFREDO VILLARRAGA LUNA, presta sus servicios subordinados a la demandada, mediante dos contratos de trabajo, el primero del 04 de enero de 2006 al 20 de julio de 2008, durante el cual se desempeñó como operario ensamble final II; y, el segundo, que, comenzó el 27 de octubre de 2009, desempeñándose como controlador de calidad II y que finalizó el 26 de marzo de 2019, por decisión unilateral de la demandada, hechos todos ellos que fueron aceptados en la contestación de demanda, respecto de los cuales no hubo discusión alguna, aunado a que se encuentran plenamente acreditados con la documental obrante en el plenario.

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Habida cuenta que aduce la demandada, que, para el momento de la desvinculación del trabajador el 26 de marzo de 2019, éste no era beneficiario de la estabilidad laboral reforzada por la condición médica que presentaba, forzoso se muestra acudir al ordenamiento legal que regula el tema, cual es la

Ley 361 de 1997, que en su artículo 5 prevé la forma de acreditación de la condición de discapacidad de una persona y la calificación de dicho status por parte de la entidad correspondiente, y por ello puntualiza:

“ARTÍCULO 5o. Las personas con limitación deberán aparecer calificadas como tales en el carné de afiliado al Sistema de Seguridad en Salud, ya sea el régimen contributivo o subsidiado. Para tal efecto las empresas promotoras de salud deberán consignar la existencia de la respectiva limitación en el carné de afiliado, para lo cual solicitarán en el formulario de afiliación la información respectiva y la verificarán a través de diagnóstico médico en caso de que dicha limitación no sea evidente.

Dicho carné especificará el carácter de persona con limitación y el grado de limitación moderada, severa o profunda de la persona. Servirá para identificarse como titular de los derechos establecidos en la presente Ley.”

A su vez, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 salvaguarda el derecho de las personas discapacitadas para que por esa condición no se les discrimine a nivel laboral, es así como contempla que *“Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo, so pena de ser sancionado a reconocer y paga una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo”.*

Asimismo, es necesario precisar que, en cuanto al fuero de estabilidad laboral reforzada por la Salud, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente varió su postura y entre otras, en la sentencia SL1508 del 10 de mayo de 2023, indicó que:

“... la identificación de la discapacidad a partir de los porcentajes previstos en el artículo 7. ° del Decreto 2463 de 2001 es compatible para todos aquellos casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo, y el 7 de febrero de 2013 para aquellas de mediano y largo plazo, conforme a la Ley Estatutaria 1618 de ese año.

b. Alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad

De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Sala considera que la discapacidad se configura cuando concurren los siguientes elementos:

- 1. La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
- 2. La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;

b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.

c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo...

Por tanto, el empleador tiene la obligación de realizar los ajustes razonables para procurar la integración al trabajo regular y libre (artículo 27 de la convención), en iguales condiciones que las demás.

(...)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) la existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decreta y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

(...)

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) el análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) la contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora, el empleador conserva en todo caso la facultad de terminar el contrato de trabajo con sustento en una causa justa u objetiva y, para tal efecto, no es necesario que solicite autorización ante el Ministerio de Trabajo. El referido trámite administrativo se requerirá cuando el despido tenga una relación directa con la situación de discapacidad y no fue posible implementar ajustes razonables.

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características...”

De tal suerte, en aras de determinar si el demandante, a la fecha de finalización de su relación laboral con GENERAL MOTORS COLMOTORES (26 de marzo de 2019) era o no sujeto de la estabilidad laboral reforzada, se remite la Sala a la documental que reposa en el expediente así:

Certificación de funciones emitida por la demandada, donde consta que, el actor realizaba *“operaciones de ensamble de componentes automotrices que incluyen componentes (electrónicos, eléctricos) mecánicos, así como sus componentes de tapicería de acuerdo a manuales de proceso que determinan claramente los requisitos de ensamble. De igual forma debe ser capaz de realizar reparaciones de tipo mecánico (eléctrico) que resultan como producto ensamble; además de detectar, reportar y retroalimentar sobre los defectos encontrados para evitar su recurrencia”*; contrato de trabajo, celebrado entre las partes, el 26 de octubre de 2009; formato de examen médico e historia clínica medico ocupacional, exámenes de audiometría, optometría, encuesta osteomuscular para ingreso, con fecha 14 de diciembre de 2005; resultados de imágenes diagnósticas del 26 de mayo de 2011 y 04 de abril de 2014, advirtiendo esta última que presenta *“atrapamiento del nervio mediano a nivel del túnel del carpo izquierdo de carácter incipiente”*; resonancias magnéticas de hombro izquierdo, practicadas el 19 de marzo de 2015, 11 de mayo de 2016 y 11 de marzo de 2019, con hallazgos de *“TENDINOSIS DE LOS TENDONES SUPRAESPINOSO Y SUBESCAPULAR MINIMA BURSITIS SUBACROMIAL ENFERMEDAD DEGENERATIVA ACROMIOCLAVICULAR”*, *“Tendinosis del supraespinoso Pequeño quiste óseo subcortical en la cabeza humeral”*, *“Leves cambios por tendinosis del supraespinoso sin desgarras asociados Hallazgos que sugieren desgarrar del labrum superior con extensión anterior”*; informe del 15 de enero de 2019, sobre ecografía hombro izquierdo, que concluye *“BURSITIS SUBACROMIODELTOIDEA CRONICA IZQUIERDA”*; Historia Clínica emitida por el Centro Policlínico del Olaya, del 02 de julio de 2015, donde se le detectó al actor, *“SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO”*; resonancias magnéticas nucleares de columna lumbosacra del 23 de diciembre de 2016 y 11 de marzo de 2019, donde se advierte *“DISCOPATIA DEGENERATIVA FOCAL CON COMPROMISO DE NIVEL L5-S1, ANOTANDO PEQUEÑA PROTRUSIÓN CENTRAL ASIMETRICA IZQUIERDA DEL DISCO INTERVERTEBRAL Y ESTENOSIS FORAMINAL BILATERAL DE PREDOMINIO EN EL LADO IZQUIERDO LEVE ESCOLIOSIS DE VERTICE IZQUIERDO Y RECTIFICACION DE LA LORDOSIS FISIOLÓGICA LUMBAR”* y *“Hay rectificación de la lordosis fisiológica cervical. Cambios discodegenerativos incipientes con disminución de la intensidad de señal de los discos sin pérdida de su altura”*; valoración de psicología del 21 de septiembre de 2016, donde se indicó que, el actor, presentaba para esa fecha *“TRASTORNO DE ADAPTACIÓN F432”* (Archivo 04).

Igualmente, se aportó al plenario, certificado del 20 de septiembre de 2016, emitido por medicina laboral de SALUD TOTAL EPS, donde se advirtió que el demandante, *“Presenta: 1. DOLOR CRONICO INTRATABLE 2. SINDROME CERVICOBRAQUIAL 3. ARTROSIS PRIMARIA GENERALIZADA 4. SINDROME DE MANGUITO ROTATORIO BILATERAL 5. OTRAS MONONEUROPATIAS DE MIEMBRO SUPERIOR; cuadro clínico que causa discapacidad permanente cuya condición motora, sensorial o mental limita su movilidad”*; recomendaciones laborales, expedidas por la EPS HUMANA VIVIR, el 06 de agosto de 2010, por 2 meses, otras de SALUD TOTAL EPS, del 12 de febrero de 2012, 13 de septiembre de 2012, 25 de septiembre de 2013, todas de carácter temporal, por 4 meses; certificado

médico salud ocupacional, del 12 de noviembre de 2014, de la Cruz Roja Colombiana, donde se indicó que, el demandante *“NO PUEDE SEGUIR LABORANDO EN SU CARGO ACTUAL”*, con observaciones de *“NO LEVANTAR CARGAS SUPERIORES A 1 KG EN BRAZO DERECHO Y EN BRAZO IZQUIERDO NO SUPERIORES A 10 KG – NO REALIZAR MOVIMIENTOS REPETITIVOS – NO REALIZAR QUEHACERES DOMESTICOS – CONTINUAR MEDICACION INSTAURADO – CONTINUAR ESTUDIO EN EPS – PENDIENTE CON ARL CALIFICACION DE ORIGEN”*; recomendaciones laborales de la Cruz Roja Colombiana, por discopatía lumbar y SIND manguito rotador, del 14 de junio de 2017, por 6 meses y del 03 de septiembre de 2018; recomendaciones de la IPS VIRREY SOLIS del 30 de enero de 2019, por *“CERVIDORSALGIA CRONICA”*, también por 6 meses; formatos de visita al puesto de trabajo del 02 de julio, 13 de septiembre, 09 de diciembre de 2010, 09 de marzo de 2011, donde se concluye que *“Su patología no interfiere con sus labores a realizar”*; formatos programa de adaptación laboral, con recomendaciones del 21 de octubre de 2015, 31 de mayo de 2016 por 06 meses cada una; calificación de patología síndrome manguito rotador derecho, del 24 de agosto de 2010, que la determina como de origen profesional (Archivo 04).

También se encuentra, dictamen 61162 del 17 de enero de 2014, emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA, donde se calificaron los diagnósticos de síndrome de manguito rotatorio y otras sinovitis y tenosinovitis, lesión labrum, SLAP, quiste paralabral hombro derecho, de origen común; auto del Juzgado 39 Laboral del circuito de Bogotá proferido el 18 de septiembre de 2017, admitiendo demanda ordinaria laboral de WILFREDO VILLARRAGA LUNA contra la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACION DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ – CUNDINAMARCA; dictamen de pérdida de capacidad emitido por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., según el cual la lesión labrum hombro derecho, lesión SLAP tipo II hombro derecho, quiste paralabral hombro derecho, POP reconstrucción labrum y resección quiste paralabral hombro derecho, son de origen común, con una PCL del 24.53%, estructurada el 25 de julio de 2013; incapacidades y su relación de pagos, siendo la última reportada del 12 al 16 de enero de 2019; examen médico ocupación de egreso del 02 de abril de 2019; informe de sostenibilidad de General Motors Colmotores 2011-2012; resolución 2227 del 08 de julio de 2019, del Ministerio de Trabajo, que autoriza a la demandada, el despido de 103 trabajadores, de cargos clasificados como operativos de la planta, dada la situación manifiesta de orden técnico-organizacional y económico, excluyendo *“a los trabajadores que son sujetos de estabilidad laboral reforzada, entre otros: mujeres embarazadas, trabajadores en situación de discapacidad definidos como tales en la jurisprudencia constitucional, y aforados mientras se surtan los trámites pertinentes de conformidad con el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, artículo 406 del Código Sustantivo de Trabajo, artículo 113 del Código Procesal del Trabajo y demás normas laborales y de seguridad social”* (Archivo 04).

Asimismo, obra la carta de terminación del contrato de trabajo sin justa causa del 26 de marzo de 2019; liquidación de prestaciones sociales y su ajuste; planillas de autoliquidación de aportes y certificado de pago de cesantías; Reglamento de Trabajo General; escrito acción de tutela de WILFREDO VILLARRAGA LUNA y otros contra GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.;

fallo del 19 de junio de 2019, proferido por el Juzgado 21 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá, negando el amparo constitucional, y que, fue modificada por el Juzgado 12 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá del 29 de julio de 2019, declarándola improcedente; resolución 0038 del 13 de enero de 2020, que resuelve un recurso de apelación contra la 2227 del 08 de julio de 2019, que autorizó el despido colectivo de 103 trabajadores de la demandada; formatos de asistencia individual a reintroducción legal y entrenamiento 2018, firmadas por el demandante; informe estándares mínimos SG-SST, elaborado por SURA, de fecha 23 de diciembre de 2021; análisis de puesto de trabajo para calificación de origen elaborado en septiembre de 2012; solicitud y suspensión de contratos por contingencia COVID-19; actas extraconvencionales Vigésima Segunda, Vigésima Cuarta, Vigésima Quinta de las Convenciones Colectivas de Trabajo, suscritas entre GM COLMOTORES y SINTRAIME; acta del 27 de mayo de 2020 Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos ante la OIT; Vigésima Octava y Vigésima Novena Convenciones Colectivas de Trabajo con nota de depósito, remitidas por el Ministerio de Trabajo.

Por otro lado, al absolver interrogatorio de parte, el representante legal de la demandada, dijo que, la Empresa, tenía conocimiento del estado de salud del actor, para la fecha de su despido, ya que, desde el año 2014 presentaba problemas de manguito rotador, la cual fue calificada por Humana Vivir, como de origen laboral, se dieron unas recomendaciones y la Empresa, a través del Departamento de Salud Ocupacional, visitó el puesto de trabajo del actor, y, *“de acuerdo con las funciones que venía realizando el señor, como operario de ensamble final II y controlador de calidad II, pues, no hubo necesidad de adecuar el puesto de trabajo, ya que se cumplía con las recomendaciones emitidas por la parte médica”*; que, posteriormente el actor, tuvo una serie de recomendaciones de 2015 a 2018, las cuales fueron atendidas por la Compañía, también se hicieron las correspondientes visitas al puesto de trabajo y se cumplía con los requerimientos para que no se desmejorara su estado de salud; que, en el 2014, la patología fue nuevamente calificada como de origen común; que, el señor Wilfredo, se incapacitaba bastante por temas de salud; que, al momento del despido, el actor, no tenía una PCL, que haya sido puesta en conocimiento de la Compañía; que, cada vez que hay recomendaciones médicas debidamente notificadas a la Empresa, el Departamento de Salud Ocupacional, hace visitas al puesto de trabajo, para verificar que las recomendaciones que dan los médicos se están cumpliendo y no van a afectar o empeorar la salud del trabajador y, si el puesto de trabajo requiere acondicionarlo para que el trabajador, pueda desempeñarse sin ningún riesgo, se hacen las adecuaciones necesarias, pero que, en el caso del demandante, *“no le iban a afectar ni empeorar su estado de salud entonces no hubo necesidad de hacer adecuación alguna al puesto de trabajo”*; que, recibidas las recomendaciones laborales, el trabajador ingresa a un programa de salud ocupacional y allí es cuando se comienza con la visita al puesto de trabajo y demás, pero que, cuando al trabajador, se le vencen las recomendaciones, se retira del plan de reincorporación, por lo que, es obligación de éste o de la Entidad de salud, presentar las recomendaciones a que haya lugar; que, el actor, fue retirado del Plan de Salud Ocupacional, entre enero o febrero de 2019; que, la Empresa, no fue notificada de las recomendaciones laborales emitidas el 30 de enero de 2019, por la IPS VIRREY

SOLIS; que, las últimas recomendaciones radicadas en la empresa, fueron las emitidas por la Cruz Roja, el 03 de septiembre de 2018, por 6 meses, que se vencieron el 03 de marzo de 2019, sin que tuvieran más recomendaciones; que, el trabajador no fue incluido en un programa de reincorporación laboral; que, desde el año 2013, la Empresa comenzó un plan de ajuste de la planta de personal, por la baja en ventas y porque algunos vehículos ya cumplían un ciclo de producción, por lo que, entre 2013 y 2014 se cerró una línea de producción, 2018 y 2019, cerraron otras 2 líneas de producción y sólo quedaron trabajando con 1 línea de producción, habiendo retirado más de 1.400 trabajadores, por los ajustes a las plantas de personal; que, en el año 2019 salieron 2 plataformas de vehículos, por lo que cerraron esas líneas de producción, dentro de las cuales estaba el demandante, *“básicamente esa fue la causal por la que, no solamente él, sino muchas personas desde el 2013 hasta el 2020, 2019 antes de la pandemia, salieron de la compañía”*; que, el despido del actor, fue sin justa causa con el pago de la indemnización correspondiente; que, para el mes de diciembre de 2018, por la difícil situación financiera, la caída de ventas y el exceso de inventario en patios y concesionarios, se solicitó al Ministerio de Trabajo, permiso para un despido masivo, que se autorizó en Primera Instancia el 08 de julio de 2019, pero la misma fue objeto de los recursos de ley, siendo confirmada el 13 de enero de 2020, mediante la resolución 00038, comenzando con el retiro de las personas en enero y febrero de 2020; que, el despido del actor, en el año 2019, se dio en uso de la atribución que la ley le otorga al empleador, para retirar al trabajador que considere, con el pago de la respectiva indemnización, porque la autorización del Ministerio de Trabajo, era para un despido masivo, *“pero no para un despido individual que no raye en masivo, yo puedo despedir mientras sale la resolución, todos los trabajadores que considere que debo despedir, en razón a la situación financiera y de ventas de la compañía y no tengo que esperar la resolución del Ministerio”*; además que, en el caso del demandante, no necesitaba autorización del Ministerio, *“porque al momento en que corremos el check list de retiro del señor Wilfredo, pues, no había ningún impedimento, en ese momento al menos el punto de vista objetivo para nosotros, desde el punto de vista médico no había ningún impedimento para retirar al señor sin justa causa y pagarle la indemnización”*; que, en la resolución del Ministerio de Trabajo, que autorizó el despido masivo de trabajadores, se comentó que el despido debía recaer sobre aquellos trabajadores que no tuvieran ningún impedimento legal para ser retirados de la Empresa.

El demandante, por su parte, señaló que, para el 26 de marzo de 2019, fecha de su despido, no se encontraba incapacitado, pero aclaró que, siempre ha estado en proceso de calificación e incluso tiene una demanda, por calificación de origen de enfermedad profesional, pues, desde el año 2011, comenzó a ser valorado por problemas del hombro derecho, que inicialmente la EPS HUMANA VIVIR, le dijo era de origen profesional, pero, luego determinaron que era común y por eso se encuentra demandando en otro proceso judicial; que, Mapfre, también le dio una calificación de pérdida del 24.53%, porque ya había acudido a la Junta Regional y por vencimiento de términos, no pudo apelar; que, la calificación emitida por Mapfre, sí fue puesta en conocimiento de la demandada e incluso el Sindicato al cual él pertenecía notificó a la empresa, de todas sus patologías, pero no recordó la fecha de dicha notificación; que, para el momento de su despido tenía restricciones médicas, pero como cada 6 meses

se las renovaban, se encontraba en ese proceso ante el Departamento Médico, cuando le terminaron el contrato; que, cuando le informó a la Empresa, su patología, fue vinculado al plan de enfermos y luego de la cirugía de hombro a que fue sometido, tuvo restricciones por parte de la EPS y la IPS que lo atendía por parte de la demandada; que, ingresó en el año 2009 como controlador de calidad, *“pero entonces como tal yo ya venía así con el mismo cargo pero con unas restricciones y ya me ubicaron en unos puestos, digo yo entre comillas asequibles”*; que, a la terminación de su contrato de trabajo, la demandada, le canceló la indemnización por despido; que, conforme al cargo para el cual fue contratado en el 2009, en esa época debía controlar la calidad de los vehículos conforme a la marca, inspeccionar y verificar funcionales del carro y todo lo relacionado con el tema de calidad, para nacionalizar unas VAN N19, y para 2019, estaba en *“TEAM AUTO II”*, haciendo chequeos de torques, ayudando a los equipos de trabajo a reclamar los equipos de protección personal, haciendo el aseo en las áreas, debía mantener el orden del área, hacer la demarcación, no realizaba chequeo de apariencia de los carros, ni se encontraba colocando abrazaderas a radiadores M200, tampoco realizaba las pruebas electrónicas de los carros en la línea de subensamble; que, leía las actas de visita al puesto de trabajo, pero no las firmaba porque no estaba de acuerdo con las conclusiones que ponían, porque no estaban acordes con la incapacidad que tenía para ese momento.

También declararon JOHN ROBINSON RÍOS HERNÁNDEZ, dijo conocer al demandante, porque ambos trabajaron para la demandada; que, el testigo, labora para GENERAL MOTORS COLMOTORES, desde 2001 y hasta la fecha de su declaración, y que, el demandante ingresó a la Compañía el año 2006; que, desde el año 2005, el testigo ingresó al área de calidad, como controlador de calidad, donde tenía que hacer auditorías en varias partes de la planta, revisando automóviles, por eso tenía contacto con la gran mayoría de trabajadores de la planta, luego pasó al área denominado camión y en el 2019, se encuentra fuera de la empresa, desempeñando labores como presidente del Sindicato de Trabajadores Enfermos y no estaba en la planta; que, tenía conocimiento de los problemas de salud, que presentaba el demandante en mano, túnel carpiano, epicondilitis y hombros, porque en el Sindicato UNIÓN DE TRABAJADORES ENFERMOS DE GM COLMOTORES, se manejan todos los temas de salud de los trabajadores afiliados o no, para asesorarlos en los procesos de calificación, determinación del origen y su pérdida de capacidad; que, el actor, estaba vinculado al Sindicato, al momento de su desvinculación laboral; que, la organización sindical, notificó a la Compañía, de las patologías del demandante; indicó que, desde el año 2013, el demandante, tenía una calificación de pérdida de la capacidad laboral del 24.53%, que una vez desvinculado el actor, el Sindicato, le remitió ese documento al Gerente de Relaciones Laborales, pero sabe que ya el trabajador, también había puesto en conocimiento de la Compañía, esa calificación; que, antes del año 2009, el actor había sido contratado como operario de ensamble, y cuando nuevamente se vinculó, lo contrataron como controlador de calidad, pero, sus actividades eran como operario de ensamble, que desarrollaba en el área denominada *“burletes”*, y como le habían realizado tres cirugías de hombro, tuvo que ser reubicado y lo pusieron a hacer diferentes actividades, que no eran directamente operativas, como de calidad, revisión, auditorías, toma de información, eran más labores de tipo administrativo; explicó que, el 21 de diciembre de 2018, la demandada, le

solicitó al Ministerio de Trabajo, autorización para la suspensión de actividades por 120 días y despido de 103 trabajadores, que en el 2019 emitió la resolución respectiva, pero con una cláusula especial, donde se indicó que no podían despedirse trabajadores, con una condición de salud o que gozaran de la protección laboral de estabilidad laboral reforzada; que, el actor fue despedido en el 2019, cuando aún no se había emitido el acto administrativo del Ministerio de Trabajo; que, el Sindicato, presentó una querella, donde se incluyó al actor y otros trabajadores, para que el Ministerio de Trabajo, investigue la conducta de GM Colmotores, por despedir trabajadores bajo la misma figura; que, dentro de la solicitud de despido masivo, se incluyeron 12 cargos de controladores de calidad; que, tanto trabajadores como organizaciones sindicales, fueron notificados de la solicitud de suspensión de actividades y despido masivo; que, la Convención Colectiva de Trabajo, que regía para la fecha de despido del actor, era la vigésima octava, suscrita entre UTDINAL y SINTRAIME.

OMAR BENIGNO FONSECA TRUJILLO, manifestó que fue el encargado del área de ensamble general en GM COLMOTORES, desde 2010 y hasta 2014, periodo en el cual conoció al demandante; que, para 2019, el testigo era gerente de operaciones de calidad de la demandada y el actor, para esa fecha estaba haciendo actividades de controlador de procesos y calidad para la planta; que, para el 2019, no tenía relación con el cargo desempeñado por el demandante, pero indicó que, éste desempeñó algunas actividades en la línea de producción, asociadas a reparaciones menores en línea, chequeo de unidades o de vehículos terminados, hacer algunas actividades de control de mutilaciones y ejecutaba unas actividades de pincelado en puntos específicos de la cabina, también desarrollaba algunas actividades de seguimiento en la línea, y tenía algunas funciones de subensamble laborales que el actor, había cumplido igualmente en la línea de ensamble; que, como controlador de calidad, las únicas actividades administrativas que el demandante, tuvo que cumplir, están relacionadas con el diligenciamiento de un formulario o check list, que están junto a las actividades que normalmente se ejecutan, para que quede un soporte documentado de lo que se está haciendo en la línea producción o actividad que se esté desarrollando; que, durante el tiempo en que el demandante, estuvo a cargo del testigo, éste tuvo algunas condiciones específicas que estaban definidas para los puestos de trabajo que él ocupaba y que se ajustaban a las recomendaciones de las que tenía conocimiento la Empresa.

MANUEL ALFONSO MARTÍNEZ, indicó que trabajó para la demandada, entre el 17 de abril de 2011 y abril de 2019, por lo que, allí conoció al demandante; que, para el 2019, el testigo no trabajaba en la misma área del señor Wilfredo Villarraga, pero sabe que el actor, tenía problemas de salud en el hombro derecho y lo operaron por ese problema, de lo que tuvo conocimiento, porque en el año 2012, estuvo en la misma línea de producción donde se encontraba el demandante y trabajaron juntos por 4 o 5 meses, y para ese momento ya el actor, tenía restricciones médicas; que, el área de medicina laboral de la empresa, tiene unos cargos *“para restringidos, pero pues en realidad no es que se cumpla como tal la restricción”*; dijo, que para el 2019, el demandante, tenía restricciones laborales, porque cuando se hacían terapias físicas, por orden de

la ARL y la EPS, se encontraban en el departamento médico *“y, pues, como éramos compañeros de trabajo, pues, nos hablábamos”*; que, el testigo compartió puesto de trabajo con el demandante, en el año 2012, en el área de ensamble y allí tuvo la oportunidad de enterarse de las incapacidades médicas que le otorgaban a éste, porque se ausentaba de la línea de producción y le pedía permisos al líder del grupo, para poder dirigirse al departamento médico; que, dentro de la misma línea de producción, a los trabajadores enfermos, se les pone menos trabajo o se ubican en subensamble, aparte de la línea, pero igual tiene cumplir con todas las funciones y en el tiempo destinado a cada labor; que, el área de trabajo, en el 2012, está integrado por 6 o 7 personas, de las cuales, uno es el líder que da las indicaciones del trabajo y cuando se incapacita una persona, hace la labor de la persona que falte; que, el demandante, cumplía con sus funciones de montaje de millare de vehículos; que, las personas que hacían la visita al puesto de trabajo, le manifestaron al testigo, que la empresa, no estaba obligada a cumplir las restricciones médicas, porque esos eran conceptos de la ARL o EPS, pero que no los obligan, desconoce si al actor, le hicieron el mismo comentario.

HELVER ALEXANDER BUSTOS COY, supervisor del departamento médico de la demandada desde 2013, informó que, el demandante, trabajó para la Compañía hasta marzo de 2019, porque, al departamento médico se le envía una lista de chequeo con los trabajadores que la empresa, tiene planeado despedir, en la que se hacen unas preguntas relacionadas con incapacidades, procesos de calificación o PCL; que, en el caso particular del actor, para el año 2019, éste no contaba con PCL notificada a la Empresa, no tenía recomendaciones médicas vigentes y no se encontraba incapacitado, pues, las últimas recomendaciones eran de septiembre de 2018, por 6 meses y en 2019, no presentó más recomendaciones laborales; que, dentro de las funciones del departamento médico, está hacer seguimiento a las recomendaciones que los trabajadores radican; que, no le fue notificada a la empresa, ninguna calificación de pérdida de capacidad laboral, pero si de una calificación de origen, que incluso llegó a la Junta Regional; que, radicadas las recomendaciones laborales por el trabajador, el departamento laboral tiene 10 días para hacer la visita al puesto de trabajo, que realiza el médico de salud ocupacional y el analista de ergonomía, que es un fisioterapeuta que es especialista en ergonomía y salud ocupacional, ellos hablan con el jefe, verifican qué estaciones está haciendo el trabajador, las cuales deben ser mínimo 3 para que haya rotación, confrontan las recomendaciones con las labores en cada puesto de trabajo y luego citan al trabajador junto con el líder directo para hacer una socialización de las recomendaciones y diligencian un acta; que, si se ordenan labores nuevas, el trabajador comienza un periodo de entrenamiento y si no, continua con sus labores normales; que, en el seguimiento a las recomendaciones del demandante, no hubo cambio de funciones, por lo que, continuó en el área de trabajo; que, el departamento laboral de la demandada, tuvo conocimiento de los diagnósticos de columna, manguito rotador y codo del actor, desde aproximadamente el año 2013; que, el actor, fue incluido en el programa de adaptación laboral, y parar permanecer en este debía tener las recomendaciones actualizadas y las últimas que tenía eran por 6 meses que finalizaron el 03 de marzo de 2019; que, como las recomendaciones médico laborales tiene una vigencia, cuando el departamento

médicos se reúne con el trabajador, se le explica que su inclusión en el programa de adaptación depende de la vigencia de las mismas, por eso ellos saben que por lo menos un mes antes del vencimiento de las recomendaciones deben pedir cita con el médico ocupacional, para que se las actualicen, de lo contrario quedan fuera del programa; que, el demandante, prestaba sus servicios dentro del área de ensamble, donde cumplía con funciones de control de calidad; que, al actor, se le realizaron varias visitas al puesto de trabajo, siendo la última de ellas en el mes de septiembre de 2018; que *“las recomendaciones se seguían cumpliendo en los puestos que él venía haciendo”*; que, en los puestos de trabajo que venía haciendo el actor, *“tenía planos medios de trabajo y cuando hablamos de planos medio de trabajo, el brazo nunca supera la altura del hombro; en la Empresa, o sea, acá no se carga nada sobre el hombro”*.

Así las cosas, de las pruebas antes señaladas, se puede establecer que, que para la fecha de terminación del vínculo laboral – 26 de marzo de 2019 - el demandante, presentaba algunas afectaciones en su estado de salud, relacionadas con el síndrome del manguito rotador, tenosinovitis bíceps de hombro derecho, lesión labrum, SLAP tipo II y quiste paralabral hombro derecho; sin embargo, contrario a lo manifestado por la Juez de Primera Instancia, éstas no fueron el motivo de terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la demandada, comoquiera que, tales dolencias, no le impidieron al actor, el desarrollo de sus funciones con normalidad; como quedó demostrado no sólo con la documental aportada, sino también con las declaraciones de los testigos OMAR BENIGNO FONSECA TRUJILLO, MANUEL ALFONSO MARTÍNEZ y HELVER ALEXANDER BUSTOS COY, que, en contraposición a lo manifestado por el testigo JOHN ROBINSO RÍOS HERNÁNDEZ, informaron que las patologías que presenta el demandante, no tuvieron ninguna injerencia en el desempeño de sus funciones como operario de ensamble final II y controlador de calidad II, ni menos aún se convirtieron en una barrera que le imposibilitara el desarrollo de las mismas en igualdad de condiciones con los demás trabajadores; razón por la cual, el despido de que fue objeto del demandante no obedeció a un acto discriminatorio por su estado de salud.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que, para el 26 de marzo de 2019, el actor, no había radicado recomendaciones médico laborales vigentes ante la Empresa, tampoco estaba incapacitado y no se encontraba en firme el dictamen de origen de la pérdida de capacidad laboral calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, pues, el mismo demandante, al absolver interrogatorio de parte, informó que, adelanta un proceso ordinario laboral contra dicho dictamen. Por el contrario, la demandada, acreditó que, la terminación del contrato de trabajo se produjo por una causal objetiva, como lo fue el plan de ajuste de la planta de personal de esa Compañía, que, según advirtió su representante legal, en el interrogatorio de parte, se dio por una baja en ventas y la salida de stock de algunos vehículos desactualizados, de ahí que, desde los años 2013 y 2014, se cerró una línea de producción, y que, para 2018 y 2019, se cerraron otras 2 líneas, habiendo retirado más de 1.400 trabajadores, por los ajustes a las plantas de personal, circunstancia ésta que, se reitera, desvirtúa una conducta discriminatoria.

Tampoco se demostró que en la decisión de finiquitar el vínculo laboral del actor, haya tenido incidencia alguna el posterior despido colectivo solicitado por GENERAL MOTORS COLMOTORES y que fuera autorizado por el Ministerio de trabajo mediante la resolución 2227 de 2019, pues, la demandada, actuó conforme a lo dispuesto por el artículo 64 del CST, modificado por el 28 de la Ley 789 de 2002, según el cual en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria, y por tanto, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, por parte del empleador, éste le deberá al trabajador, una indemnización que varía dependiendo si se trata de un contrato a término fijo o indefinido, sin que ley, imponga un trámite determinado para el trabajador o el empleador cuando deciden finiquitar el vínculo laboral; cumpliendo el empleador, en el presente caso con el pago de la respectiva indemnización, como lo reconoció el actor y consta en la documental que milita a folio 101 del archivo 27 del expediente digital.

Lo anterior, conduce a la Sala, a revocar la sentencia de Primera Instancia y, como consecuencia, absolver a la demandada de todas las pretensiones de la demanda, relevándose del estudio del recurso de apelación interpuesto por la parte actora, pues, al no haber lugar al reintegro deprecado, tampoco al pago de las prestaciones legales, extralegales y convencionales reclamadas.

Sin costas en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

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: REVOCAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2022 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por **WILFREDO VILLARRAGA LUNA**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la alzada. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105039202100350-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ÁLVARO MAHECHA VALERO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

ÁLVARO MAHECHA VALERO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLFONDOS S.A., para que, se decrete la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de lo ahorrado en su cuenta individual, bono pensional rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el tiempo de su vinculación y hasta la fecha en que se haga efectivo su retorno al RPM; que, se ordene a COLPENSIONES, a recibir los recursos provenientes de PORVENIR, y que, en caso de resultar inferior el monto del aportes legal, COLPENSIONES, le otorgue la oportunidad, en un tiempo prudencial, de cancelar dicha diferencia; que, se le ordene a COLPENSIONES, reconocer y pagar la pensión de vejez, cuando cumpla con los requisitos de edad

y semanas; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 04 de febrero de 1965, por lo que, a la presentación de la demanda, tenía 56 años de edad; que, inició su historia de cotizaciones al Sistema General de Pensiones, con el ISS, el 11 de febrero de 1987, estando al servicio de la Empresa FCA PAS Y PROD ALI y otras Empresas hasta el día 01 de enero de 1996; que, en septiembre de 1996, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a COLFONDOS S.A., cuando un asesor comercial de esa Administradora, lo visitó en las instalaciones de la empresa ALBARAUTOS LTDA, donde se encontraba trabajando y sin brindarle una real y verdadera información, que le permitiera conocer los beneficios y desventajas del cambio de régimen, firmó el formulario aceptando el cambio de régimen, con el convencimiento que el Seguro Social, se iba a acabar y que nadie respondería por su pensión, además que, iba a pensionarse de manera anticipada, con mayores ingresos y no requeriría de los tiempos exigidos en el ISS.

Refirió que, ni en su traslado inicial a COLFONDOS, ni cuando se cambió a ING hoy PROTECCIÓN y a la AFP PORVENIR S.A., le informaron las implicaciones que tendría para su futuro pensional el pasarse al RAIS, tampoco, se le ilustró de los diferentes escenarios de una pensión en ese régimen, la edad y monto probable de una mesada pensional, ni la posibilidad de retractarse o la limitación para regresar al RPM antes de los 52 años de edad; que, sólo después de 20 años y acreditar cotizaciones por más de 1.000 semanas, su Administradora de pensiones, le informó que la mesada pensional que recibiría sería de \$877.803; que, mediante derecho de petición, le solicitó a COPENSIONES, su retorno al RPM, solicitud que fue despachada de manera desfavorable (Archivos 01 y 05).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivo 09).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS alegó en su defensa 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 del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivos 10, 18 y 19).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, manifestó como excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, la innominada o genérica y traslado de aportes a PORVENIR (Archivo 11).

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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (Archivo 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de diciembre de 2022, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el traslado que hizo ÁLVARO MAHECHA VALERO del RPM al RAIS a través de COLFONDOS S.A. es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, por lo que, se deberá entender que el demandante, jamás se separó del RPM, situación que también se debe entender frente a las afiliaciones subsiguientes que hizo con PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.; condenó a COLFONDOS S.A. y a PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES todos los dineros que recibieron por gastos de administración y comisiones por administración, junto con las primas de seguros previsionales pagadas por invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, durante el tiempo que estuvo afiliado el actor, a cada una de ellas, emolumentos que deberán ser indexados al momento de cumplirse dicha orden; condenó a PORVENIR S.A. a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus rendimientos, bonos pensionales si los hay, más los gastos de administración, comisiones, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados al momento de cumplirse esa decisión; le

ordenó a COLPENSIONES recibir los dineros que trasladados de RAIS, y reactivar la afiliación del demandante al RPM sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; además, indicó que, COLPENSIONES podrá acudir a las acciones judiciales en contra de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. para obtener los eventuales perjuicios que se puedan causar por la ineficacia; condenando en costas a COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, las apoderadas de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

La **AFP PORVENIR S.A.**, solicitó revocar en su integridad la sentencia de Primer Grado, porque la línea jurisprudencial determinada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de ineficacia del traslado de régimen pensional, no puede aplicarse de manera homogénea, pues, debe haber similitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo que no se cumple en este asunto donde el traslado efectuado por el actor, es completamente válido, ya que, se produjo de manera libre voluntaria y consciente, cumpliendo con la normatividad vigente para la fecha en que se cumplió con dicho acto jurídico; que, con independencia de la información brindada al actor, al momento de su traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, están consagradas en la Ley 100 de 1993, por lo que, éste pudo validarlas en cualquier oportunidad; que, PORVENIR S.A., siempre ha actuado con buena fe objetiva, pues, todas sus acciones se ejecutaron en cumplimiento de la normatividad vigente para el momento del traslado del demandante, a tal punto, que, el 25 de enero de 2016, le fue remitida por esa AFP, comunicación en la que se le informó que estaba próximo a entrar en la prohibición legal, habiendo aceptado en el interrogatorio de parte, que no le prestó atención a la misma; que, no se puede ordenar la devolución de las condenas impuestas, de manera indexada, en la medida que también se dispuso la devolución de los rendimientos causados y con estos se está compensando cualquier pérdida del valor adquisitivo de los dineros que deben retornar al RPM

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó que, el demandante, no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales; que, no se acreditó ningún tipo de engaño por parte de la AFP, que diera paso a declarar la ineficacia del traslado de régimen; que, dentro de más de 25 años, el actor, nunca manifestó su voluntad de retornar al RPM, por lo que, debe asumir las consecuencias legales de su decisión.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó denegar todas las pretensiones de la demanda, esto, porque la nulidad del traslado de régimen fue una decisión única y exclusiva del afiliado, tomada de manera libre y voluntaria, sin que se haya logrado demostrar con suficiencia que adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento, pues no hubo una amenaza o una presión palpables.

La AFP PORVENIR S.A., indicó que, en el presente caso no se cumple con ninguno de los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ni de su afiliación inicial a esa AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR S.A. Y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; y, *iii)* si con la comunicación enviada por PORVENIR S.A., al demandante, el 25 de enero de 2016, se acreditó el cumplimiento del deber de esa AFP de suministrar información.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de

poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la norma en cita.

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3º, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un

		<i>consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 04 de febrero de 1965; historia laboral consolidada de ÁLVARO MAHECHA VALERO en PORVENIR S.A., quien al 08 de abril de 2022, tenía 1.551 semanas, de las cuales 401,2 lo fueron al RPM, 339 a otras AFP y 806,7 a PORVENIR; reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES, del 11 de febrero de 1987 al 31 de marzo de 1995; respuesta COLPENSIONES a la reclamación administrativa; resumen historial laboral expedida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda; relación de aportes y movimientos de la cuenta individual del demandante en PORVENIR S.A.; solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias de Porvenir del 24 de mayo de 2002; comunicación del 25 de enero de 2016, enviada al demandante a la dirección “CL 126 B 102 50 BOGOTA D.C.”, informándole que “usted está próximo a cumplir 52 años de edad. Colpensiones a Porvenir o de Porvenir a Colpensiones, a excepción de aquellos afiliados que están a 10 años o menos para la edad de pensión. Quiere decir lo anterior, que una vez cumplidos los 52 años de edad en el caso de los hombres y los 47 años de edad en el caso de las mujeres no es posible el traslado de Régimen. Teniendo en cuenta que dentro

de poco Usted hará parte de los afiliados que se encuentran a 10 años o menos para la edad de pensión, queremos invitarlo a una asesoría pensional personalizada que debe ser recibida antes de cumplir los 52 años de edad, para evaluar las condiciones pensionales de su caso particular y así tomar la decisión más conveniente sobre su futuro pensional. ¡Infórmese antes de tomar una decisión! ...”.

También se aportaron, constancia de traslado aportes de PROTECCION a PORVENIR S.A.; estado de cuenta del demandante en PROTECCION S.A.; consulta SIAF con el historial de vinculaciones del señor MAHECHA VALERO, en el RAIS; expediente administrativo del actor en COLPENSIONES (Archivos 01, 09 a 12, 14.1 y 17 a 19).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, cuando se produjo su traslado a COLFONDOS, llegaron personas de ese Fondo y le comentaron que el Seguro Social se iba a terminar, por lo que quedaría sin respaldo para pensionarse y otro argumento fue la rentabilidad que era algo nuevo en esos momentos; que, no recuerda si le hablaron de aportes voluntarios, ni si la pensión se heredaba; que, el asesor le indicó que los aportes al ISS, se trasladarían a la AFP, donde tendría una cuenta en la que haría el ahorro para su pensión; que, en el año 2002, cree que tuvo un cambio de empleador y fue allí cuando se trasladó a PORVENIR S.A.; que, aunque habitualmente se presentaban en su lugar de trabajo asesores de distintas AFP, se inclinó por PORVENIR, por la publicidad o la misma asesoría, porque la empresa, podía tender hacia allá, porque era más fácil para ellos tener a sus trabajadores en un solo fondo o dos fondos a quienes girarles; que, en relación con la comunicación enviada por PORVENIR S.A., el 25 de enero de 2016 a la “CL 126 B 102 50 BOGOTA D.C”, esa dirección corresponde a la residencia de su padre y no recuerda si la recibió o no, además que, “*es difícil para mí hablar en este momento de algo del 2016 en temas como eso porque no era un tema del que uno estuviera pendiente y tal vez fue eso, lo omití*”; que, ahora luego de haber evaluado su situación pensional, lo que no hizo en su momento, cree que lo menor es retornar al RPM, pues, en COLPENSIONES, aunque no obtenga una mesada muy alta, va tener una pensión, mientras que en RAIS, tiene entendido que los recursos que tiene ahí el algún momento se van a acabar.

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

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

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

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

Tampoco, puede considerarse que, con la comunicación enviada por PORVENIR, al demandante, el 25 de enero de 2016, indicándole que después de los 52 años de edad, no podría regresar al RPM, acreditó esa AFP, el cumplimiento del deber

de suministrar información en el traslado de régimen pensional del actor, pues, no se allegó al plenario prueba alguna del envío de dicho documento ni que haya sido efectivamente recibido por el señor ÁLVARO MAHECHA VALERO; además, tal comunicado de forma alguna, puede suplir las deficientes en la asesoría que debió brindársele al actor, el 03 de marzo de 2000 cuando se trasladó al RAIS a través de COLFONDOS S.A., pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL1435 de 2023, la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad.

En relación con la indexación de los conceptos que se ordenó devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente la *a quo*, impuso esta orden a la AFP PORVENIR S.A. PROTECCIÓN y COLFONDOS S.A., únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando COLFONDOS S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 03 de marzo de 2000, con efectividad el 01 de mayo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Costas en esta Instancia, a cargo de las recurrentes, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ÁLVARO MAHECHA**

VALERO en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada una de ella y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

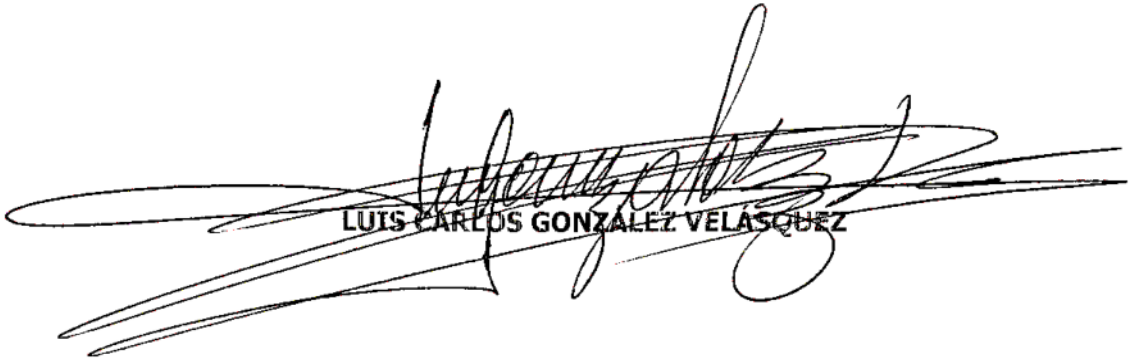
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 039 2021 00350 01 DE ÁLVARO MAHECHA VALERO CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor MAHECHA VALERO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202200355-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados judiciales de PORVENIR y/o Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el trece (13) de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DORIS PATRICIA RODRÍGUEZ MORENO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Doris Patricia Rodríguez Moreno, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la ineficacia en la vinculación al RAIS de la demandante con PORVENIR, por no asesorar, en consecuencia, se ordene a PORVENIR trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, se ordene a COLPENSIONES recibir el traslado de régimen, los dineros trasladados por PORVENIR y se

actualice la historia laboral, costas y agencias en derecho, se aplique lo referente a las facultades extra y ultra petita.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que nació el 30 de marzo de 1967, que ha cotizado al RPM y al RAIS, que para 1997 trabajaba para una temporal, quien le hizo firmar varios documentos entre ellos la vinculación a COLPATRIA hoy PORVENIR, que para el 3 de marzo de 2003 laboraba con la sociedad Grunenthal Colombia S.A., que el traslado se dio sin que mediara información, lo cual vicia la voluntad y consentimiento, que COLPENSIONES niega traslado, dado que se encuentra a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional. (archivo 04Pruebas.pdf)

Contestación 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de fondo; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (archivo 11ContestacionDemandaPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en su defensa 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 adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021, innominada o genérica. (archivo 12ContestacionDemandaColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el trece (13) de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaro la ineficacia de la

afiliación o traslado de la demandante al RAIS administrado por PORVENIR, condeno a PORVENIR a devolver o trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados, sin la posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos, condenar a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiera retirado y corregir la historia laboral, declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, costas a cargo de PORVENIR. (archivo 17ActaAudiencia.pdf)

De los recursos de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de la demandada PORVENIR, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, ya que hubo una clara injerencia del empleador de la demandante, sin que en las consideraciones se hiciera alusión a ello, el artículo 271 de la Ley 100 plantea una sanción, por lo que no podría imputársele a la entidad la responsabilidad de la eventual deber de información, si bien existe un precedente jurisprudencial, debe igual verificarse el actuar de la administradora, para la fecha del traslado no estaba constituido el deber de documentar asesoría, inclusive se mantuvo por más de 20 años afiliada y firmo formulario 3 veces, igual debe estudiarse lo correspondiente a las restituciones mutuas, desconociéndose los rendimientos financieros, además la distribución del aporte se encuentra plenamente ejecutable en la ley.

Por su parte, COLPENSIONES dijo que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal cuando les faltare menos de 10 años para acceder al derecho de la pensión, aunado a lo anterior para el año 1995 no debía cumplirse con documentación adicional a la del formulario de afiliación, la distribución del aporte ello se encuentra en la ley y en interrogatorio de parte se esgrimió que tiene una expectativa económica, por lo tanto, se solicita negar las pretensiones de la demanda.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de la parte demandante solicita se confirme la sentencia de primera instancia, PORVENIR alega como relevante que la demandante admitió nunca haberse acercado a la AFP, que la inconformidad radica en el posible monto de la mesada pensional argumento insuficiente para considerar viciada su

afiliación, por último, COLPENSIONES reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. están obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas deducidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 9 de junio de 2022 correspondiente al formulario de afiliación al sistema. (archivo 1Demanda.pdf, fl. 4)

DE LA INEFICACIA 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 ineficacia 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 la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, 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 demandante.

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).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes

	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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 ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **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 respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo 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 treinta (30) de marzo de 1967

(archivo 1Demanda.pdf, fl. 1), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de marzo de 1995 al 30 de septiembre de 1996 un total de 50 semanas (archivo 12ContestacionDemandaColpensiones.pdf, fl. 53), iii) que el nueve (9) de diciembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 10 de diciembre de 1996 (archivo 11ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fls. 33 al 35 y 83) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.069 semanas (archivo 11ContestacionDemandaPorvenir.pdf, fl. 37).

Aunque se haya indicado que no fue la entidad a través de un asesor quien procedió a llevar a cabo el traslado de régimen, lo cierto es que la AFP PORVENIR tenía el deber para el momento del traslado, de informar, no puede hoy excusarse en el actuar del empleador de la demandante, dado que previo a aceptar la solicitud de vinculación, se encontraba obligada a contactarse con el posible afiliado, darle a conocer el producto ofrecido, dejando las constancias del caso, máxime, cuando al revisar las pruebas documentales obrantes en todos los 3 formularios de afiliación se reporta firma o nombre de “asesor comercial”, “representante comercial” y “representante de Porvenir”.

Entonces del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado a la afiliada era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora Doris Patricia Rodríguez Moreno asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. 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, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

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

Continuando con el estudio, en cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación

definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

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

(...)

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

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

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de

cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el dieciocho (18) de marzo de 1999 con efectividad el 1 de mayo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para confirmar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman 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 trece (13) de marzo de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **DORIS PATRICIA RODRÍGUEZ MORENO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a las demandadas PORVENIR y Colpensiones, teniendo a cargo cada una la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 23 2022 00355 01 DE DORIS
PATRICIA RODRÍGUEZ MORENO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó RODRIGUEZ MORENO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar a la demandante válidamente vinculada al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033202100376-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luís Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el diecinueve (19) de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUÍS GUILLERMO PÉREZ CASAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

Luís Guillermo Pérez Casas, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare que el traslado del RPM al RAIS a través de PORVENIR efectuado por el demandante el 1 de noviembre de 2010 es ineficaz, condenar a PORVENIR a restituir y devolver a COLPENSIONES los valores obtenidos por la vinculación del demandante, como cotizaciones, aportes pensionales junto con los rendimientos, valores debidamente indexados y con todos los rendimientos que se hubieren causado, sin realizar deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro previsional, condenar a COLPENSIONES a

reactivar como afiliado al demandante y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas por el demandante en el RAIS, se apliquen las facultades extra y ultra petita, costas y gastos del proceso a cargo de las demandadas de forma subsidiaria declarar la nulidad de la afiliación referida por no contar con un conocimiento libre e informado, reiterando las condenar para las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que conforme a la historia laboral estuvo afiliado y cotizo para pensión en el ISS hoy COLPENSIONES desde el 25 de octubre de 1988 hasta el 30 de octubre de 2010, que a partir del 1 de noviembre de 2010 sus cotizaciones se realizaron a PORVENIR, dado el traslado de régimen, que al momento del traslado PORVENIR no asesoro en la forma debida, omitiendo su deber de información, que se presentó reclamación administrativa con radicado del 23 de junio de 2021, subsanada el día 28 del mismo mes y año solicitando a COLPENSIONES declarar nulo el traslado, lo cual fue negado el 29 de junio de 2021, situación también reclamada a PORVENIR obteniendo el mismo resultado. (archivo 02Demanda.pdf)

Contestación 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 05ContestacionPorvenir.pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en su defensa 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, innominada o genérica. (archivo 07ContestacionColpensiones.pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el diecinueve (19) de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero (01) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS realizado por el demandante, ordeno a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentran depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante a COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación del demandante al RPM y recibir todos los dineros que le fueren trasladadas, declarar no probadas las excepciones planteadas por las entidades, costas a cargo de PORVENIR. (archivo 15ActaFallo.pdf)

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, si bien existe un precedente jurisprudencial, el mismo no se ajusta a la situación del demandante, pues su vinculación no se dio a través de un asesor de la entidad, sino que se dio por un funcionario vinculado a la entidad en la cual laboraba para el año 2010, la calidad del demandante de consumidor financiero hace que sea un sujeto con obligaciones, las cuales fueron incumplidas, hubo negligencia de consultar su situación, máxime cuando se encuentra en una prohibición legal, lo que acarrearía una afectación al principio constitucional de sostenibilidad financiera, generando una descapitalización, también es importante señalar que no hubo injerencia del ISS hoy COLPENSIONES, siendo entonces un tercero sin que debe acarrear con las consecuencias.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de COLPENSIONES reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación, por su parte, PORVENIR dentro de las razones jurídicas y fácticas, menciono de la ineficacia del traslado, del derecho de retracto, del derecho a la libre escogencia, de la acreditación del deber de información a cargo de PORVENIR, de la imposición de cargas probatorias inexistentes, del deber de realizar análisis crítico y en conjunto de las pruebas en cada caso, de la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, de la línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, de la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, de la indexación de las condenas impuestas, con el fin de que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a la entidad.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 23 de junio de 2021 y su respuesta el 29 de junio de 2021, donde le fue negado la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS. (archivo 02Demanda.pdf, fls. 25 a 30)

DE LA INEFICACIA 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 ineficacia 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 la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, 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 demandante.

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

“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993,

es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.**

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

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

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
<i>Deber de información</i>	<i>Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>

<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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 ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **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 respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo 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 diez (10) de diciembre de 1962 (archivo 02Demanda.pdf, fl. 37), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de octubre de 1988 al 31 de octubre de 2010 un total de 460 semanas (archivo 02Demanda.pdf, fl. 37), iii) que el tres (3) de septiembre de 2010 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de noviembre de 2010 (archivo 05ContestacionPorvenir.pdf, fls. 78 y 80) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado,

según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.044 semanas (archivo 05ContestacionPorvenir.pdf, fl. 111).

Por otra parte, absolvió **interrogatorio de parte** el demandante, y aunque se haya indicado que no fue la entidad a través de un asesor quien procedió a llevar a cabo el traslado de régimen, lo cierto es que la AFP PORVENIR tenía el deber para el momento del traslado, de informar, asesorar y dar un buen consejo, no puede hoy excusarse en el actuar del empleador del demandante, dado que previo a aceptar la solicitud de vinculación, se encontraba obligada a contactarse con el posible afiliado, darle a conocer el producto ofrecido, dejando las constancias del caso.

Entonces del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor Luís Guillermo Pérez Casas asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales, debiendo además indicarle que le convenía y que le perjudicaba. 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, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con el estudio y bajo el grado jurisdiccional de consulta, en cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema

privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

De modo que, **a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

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

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las

consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el tres (3) de septiembre de 2010 con efectividad el 1 de noviembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para adicionar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman 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: ADICIONAR la sentencia proferida el diecinueve (19) de septiembre de 2022 por el Juzgado Primero (1) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **LUÍS GUILLERMO PÉREZ CASAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **CONDENAR** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los descuentos efectuados por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

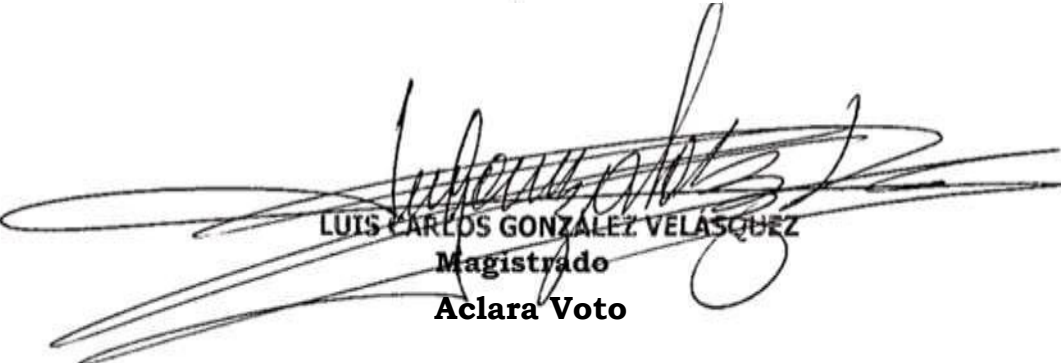
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 33 2021 00376 01 DE LUÍS
GUILLERMO PÉREZ CASAS CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó PÉREZ CASAS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105019202000390-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 17 de enero de 2023, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **MILTON RODRÍGUEZ CALLEJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

MILTON RODRÍGUEZ CALLEJAS, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se efectúe la nulidad del traslado del RPM al RAIS realizado a través de COLFONDOS S.A.; que, se realice el traslado de la totalidad de los aportes de COLFONDOS S.A. a COLPENSIONES; que, se vincule al RPM administrado por COLPENSIONES y se ordene el pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 01 de agosto de 1962; que, realizó aportes al RPM, desde el 09 de octubre de 1990 y hasta el 29 de febrero de 1996, cuando se trasladó al RAIS, a través de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, sin que, al momento de su afiliación a esa AFP, su asesor, le brindara la suficiente información al respecto, tampoco se le realizó una doble asesoría, ni se le explicaron los mecanismos de

protección a la vejez, incumpliendo las demandadas, con su deber de asesoría y buen consejo, por lo que, radicó revocatoria directa ante COLPENSIONES, el 26 de febrero de 2020, solicitando la nulidad de su traslado (fls. 6-13 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (Archivo 02).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, NO procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 03).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de enero de 2023, el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante, del RPM al RAIS, realizado el 24 de enero de 1996; declaró válidamente vinculado al señor MILTON RODRÍGUEZ CALLEJAS al RPM administrado por COLPENSIONES, desde el 09 de octubre de 1990, hasta la actualidad, como si nunca se hubiese trasladado y por lo mismo siempre permaneció en éste; condenó a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver a COLPENSIONES, todos los valores recibidos con motivo de la afiliación del acto, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, debidamente indexados, estando COLPENSIONES, obligada a recibir dichas sumas.

Aclaró la *a quo*, que al momento de cumplir la orden se deberá discriminar los respectivos valores cancelados, con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifique, requiriendo a COLPENSIONES, para que proceda a actualizar la historia laboral del

demandante; absolver a las demandadas de las demás pretensiones de la demanda, sin imponer condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados del demandante y la demandada COLPENSIONES, interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, manifestó que, en virtud de lo establecido en el artículo 365 del CGP, la parte vencida en juicio debe asumir el pago de las costas procesales, por lo tanto, COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., deben ser condenadas al pago de esa erogación.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, indicó que, la decisión de Primer Grado, se fundamentó en la falta del deber de información que debían brindar las AFP, al momento de suscripción del formulario, pasando por alto que, para la fecha, la normatividad aplicable era la Ley 100 de 1993, y solo bastaba con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen, que se materializaba a través de la firma del formulario de afiliación, que, en ningún momento se tachó de falso; que, para la fecha de suscripción del formulario de vinculación, no existían la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con las cuales nació la obligación de las AFP de la doble asesoría, por lo tanto, el análisis de la información y asesoría brindada al afiliado, deben ser valoradas conforme a la normatividad vigente para el momento del traslado, pues, de lo contrario se desvirtúa el principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso; que, COLPENSIONES, sin haber participado en el trámite del traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, por lo que, los actos jurídicos solo tienen efectos interpartes y las consecuencias jurídicas que se derivan de él, sólo deben repercutir sobre las partes involucradas, de ahí que, COLPENSIONES, no puede ser favorecida, ni mucho menos perjudicada por el contrato celebrado entre el demandante y la AFP; que, el accionante, ha permanecido por más de 26 años en el RAIS, lo que afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, más aún, cuando el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, establece la prohibición expresa de trasladarse de régimen pensional cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, con el propósito de proteger el fondo común que COLPENSIONES, usa para pagar los derechos pensionales de sus afiliados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Vencido el término de ley, las partes guardaron silencio al respecto.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; y, *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus

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

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

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, reporte de semanas cotizadas por el demandante en COLPENSIONES; historia laboral de COLFONDOS, donde se advierte que, el actor, al 13 de enero de 2020, tenía cotizadas un total de 1.441 semanas, de las cuales 267 lo fueron al RPM y 1174 al RAIS; reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES el 26 de febrero de 2020; consulta SIAF, donde consta el traslado efectivo de régimen pensional del señor RODRÍGUEZ CALLEJAS, a partir del 01 de febrero de 1996; solicitud de vinculación a COLFONDOS S.A., diligenciada el 24 de enero de 1996 (Archivos 01 y 02).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, su historia laboral comenzó en 1990; que, se afilió al Seguro Social hasta 1996, cuando se inscribió a COLFONDOS S.A., donde ha permanecido hasta la fecha; que, una asesora, de COLFONDOS S.A., llegó al lugar donde trabajaba, les hizo una reunión grupal y les dijo que el Seguro Social se acabaría, por lo que, si no se pasaban a esa AFP, iban a perder hacia futuro todo el dinero de la pensión; que, la asesora directamente diligenció el formulario y él sólo lo firmó; que, la asesoría sólo tardó 10 minutos, sin que le informaran nada relacionado con una cuenta de ahorro individual, ni qué sucedería con sus aportes en caso de fallecimiento, tampoco se le indicaron los requisitos para pensionarse en RAIS; que, al momento de su traslado, no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en el RPM; que, eventualmente recibe extractos de COLFONDOS, cada 6 meses; que, su intención es regresar a COLPENSIONES, para mejorar el valor de su mesada pensional, ya que, hace 2 años, al comparar el valor de la pensión de vejez de algunos de sus compañeros, vio que en COLPENSIONES, ésta era superior, entonces, decidió buscar un abogado, para regresar al RPM.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a el actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a el señor MILTON RODRÍGUEZ CALLEJAS, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida,

realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

Continuando con lo que es tema de apelación, también debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, no desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

Finalmente, respecto a la inconformidad del demandante, por la no imposición de costas procesales a las demandadas, habida cuenta que la decisión de Primer Grado, resultó favorable al actor, es por lo que, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, resulta procedente ordenar su pago; razón por la cual, se revocará el ordinal sexto de la sentencia apelada, para su lugar condenar en costas de Primera Instancia a las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., debiendo la *a quo*, fijar el valor de las respectivas agencias en derecho, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia apelada.

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, en los términos del artículo 365 del CGP, al no haber prosperado los argumentos de su apelación.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de enero de 2023 por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **MILTRON RODRÍGUEZ CALLEJAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

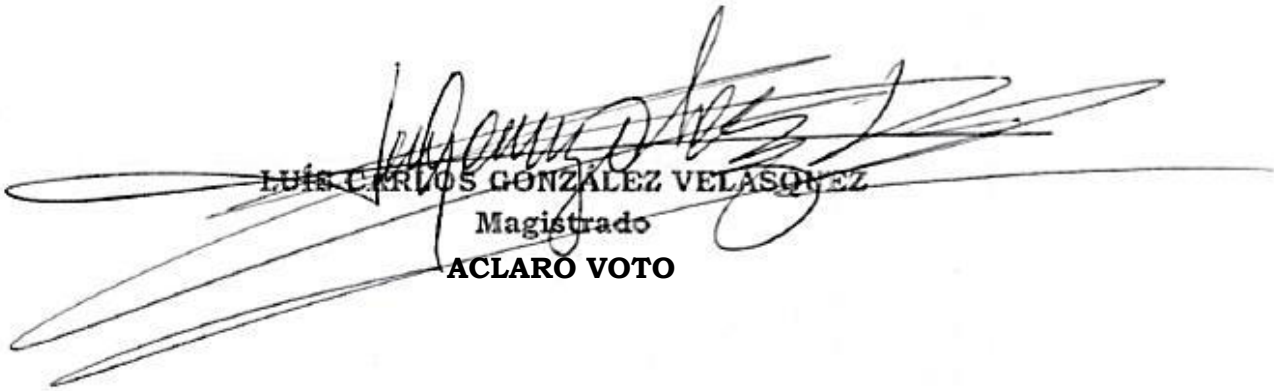
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del actor. Se revocan las de Primera Instancia, que serán a cargo de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

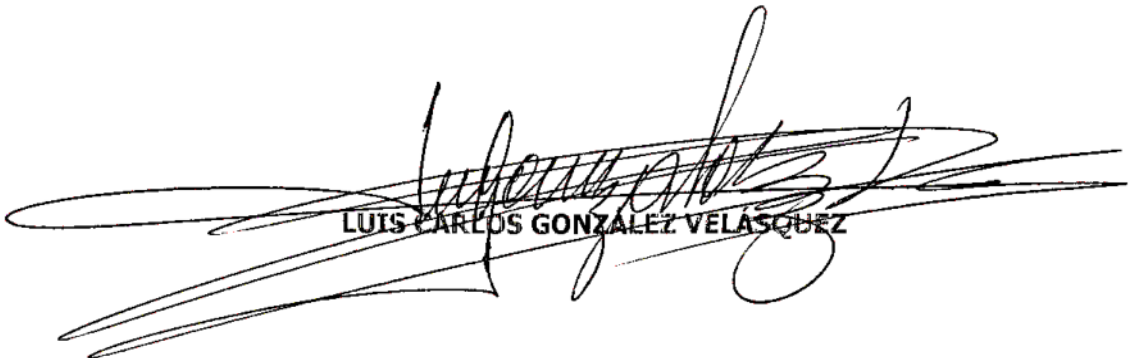
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 019 2020 00390 01 DE MILTON RODRÍGUEZ CALLEJAS CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor RODRIGUEZ CALLEJAS al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105037202100421-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Seguridad Social - Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad o conflicto de múltiple vinculación.

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 30 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALBA ROSSEL AVILES MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

ALBA ROSSEL AVILES MARTÍNEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, realizado en el ciclo de febrero de 1998, por existir ausencia de información y asesoría integra, técnica y profesional por parte de la AFP PORVENIR S.A.; que, se declare sin efectos legales su traslado al RAIS; que, se ordene a PORVENIR, que dentro de los 10 días siguientes a la notificación de la sentencia, efectúe el traslado y reintegro de los recursos del RAIS a COLPENSIONES, que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos respectivos y lo aportado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, debiendo las demandadas, adelantar todas las gestiones administrativas necesarias para el traslado de las cotizaciones, rendimientos y la información con el fin de hacer efectivo el regreso automático al RPM; que, se ordene a COLPENSIONES, aceptar sin dilación u oposición alguna los aportes trasladados del RAIS por PORVENIR S.A, convalidándolos con la respectiva historia laboral, la cual deberá corregir y actualizar, debiendo registrarla como

afiliada activa en el Sistema General de Pensiones administrado por esta entidad, que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 16 de junio de 1958, por lo que, a la presentación de la demanda, contaba con 58 años de edad; que, desde el 23 de abril de 1990, se encontraba afiliada al RPM; sin embargo, el 26 de diciembre de 1997 con efectos a partir del 01 de febrero de 1998, se traslado al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A.

Indicó que, el asesor de la AFP PORVENIR S.A., al momento de su traslado, no le proporcionó información completa y comprensible, con la finalidad de ilustrarla en las diferentes alternativas positivas y negativas, respecto de los beneficios e inconvenientes propios de los dos regímenes pensionales, omitiendo así su deber de información y asesoría íntegra, técnica y profesional; que, tampoco le hablo de la posibilidad de retracto de que disponía.

Refirió que, en julio de 2004, cuando contaba con 46 años de edad, regresó al RPM y al parecer el traslado fue aceptado por COLPENSIONES y PORVENIR S.A., pues, ella continuó realizando aportes al ISS; no obstante, de “*manera inexplicable*”, en el año 2017 y con la idea errada de haber retornado cuando ya estaba incurso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, fue devuelta al RAIS, habiendo cotizado cerca de 1.000 semanas en COLPENSIONES; que, les solicitó a las demandadas, su retorno al RPM, pero éste le fue negado, entre otras razones por tener 60 años de edad y haber suscrito libremente el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Archivos 01 y 04).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la afiliación, traslado y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 08).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de enero de 2023, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró válida la afiliación de la demandante al RPM, por haber efectuado la mayor parte de sus cotizaciones a dicho régimen; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, conforme al procedimiento establecido en el Decreto 3995 de 2008; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, argumentando que, lo solicitado por la parte actora, fue la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y no el tema de la multivinculación que, en algún momento de su afiliación, pudo haberse presentado entre COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., atentando contra el principio de consonancia, pues, no es dable a las partes cambiar la causa petendi; que, el problema jurídico se basó en otros hechos y no los estudiados por el *a quo*; que, no procede la condena en costas, pues, la actualización de datos de la demandante y que pudo configurar su multivinculación con PORVENIR S.A., no se radicó ante COLPENSIONES, sino el antiguo Seguro Social y en todo caso, también deberían ser impuestas a PORVENIR S.A., y no sólo a esa Administradora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, señaló que, la demandante, se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, de ahí la imposibilidad de regresar al RPM; además que, el traslado efectuado ante la AFP PORVENIR, goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

La AFP PORVENIR S.A., alegó que, como Administradora de Fondo de Pensión de la actora, siempre le garantizó a ella y los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, cumpliendo con la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, según Circular 019 de 1998, esto es, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario; y que, en el hipotético caso de confirmar la sentencia apelada, debe ordenarse el traslado de los recursos a COLPENSIONES en los términos del artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, esto es, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos, lo que impide que legalmente se pueda ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en esta norma.

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 los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar a la demandante, válidamente afiliada a esa Administradora, para lo cual deberá analizarse, i) si en la demanda fue esbozado siquiera sumariamente un conflicto de multifiliación; y, en caso afirmativo ii) si efectivamente éste se presentó o por el contrario, entre la demandante y las demandadas, hubo un problema de ineficacia del traslado por incumplimiento de la AFP PORVENIR S.A., al deber de información.

DEL CONFLICTO DE MULTIAFILIACIÓN COMO PRETENSIÓN DE LA DEMANDA

Alega COLPENSIONES, en su recurso que, lo solicitado por la parte actora, fue la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, realizado a través de la AFP PORVENIR S.A., y no un conflicto de multifiliación al Sistema pensional, del cual no podía haberse pronunciado el Juez de Primera Instancia, pues, no fue objeto del Litigio, ni hizo parte del debate probatorio.

Al respecto, basta señalar que, aun cuando efectivamente dentro del las pretensiones de la demanda, no se reclamó de manera expresa la validez de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, por su múltiple vinculación al Sistema pensional; lo cierto es que, dentro de los fundamentos fácticos de la misma, sí se planteó dicho conflicto, pues, la actora refirió en su libelo demandatorio, que:

“...5. La demandante ALBA ROSEL AVILES MARTINEZ, a partir del 1 de febrero de 1998, se trasladó a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

(...)

10. En el mes de julio del año 2004, mi representada realizó nuevamente el traslado de régimen para retornar al de prima media del cual nunca debió salir. Traslado que fuera presuntamente aceptado por los dos fondos de pensión y por ende a partir de dicha fecha realizó el pago de sus aportes en pensión al ISS y posteriormente a COLPENSIONES.

11. Del simple cotejo cronológico, se puede determinar que en el mes de julio del año 2004, la señora AVILES MARTINEZ, contaba con 46 años de edad, es decir no se encontraba incurso en las prohibiciones de traslado de régimen establecidas en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, que coinciden en determinar la prohibición de traslado de régimen dentro de los 10 últimos años anteriores al cumplimiento del requisito de la edad para la pensión de vejez, es decir en el caso de mi representada a los 47 años de edad.

12. De manera inexplicable y luego de realizar sin observación las cotizaciones en pensión a COLPENSIONES, en el año 2017, con base en el errado criterio que su solicitud de traslado se había presentado cuando ya estaba incurso en la prohibición normativa, se le retornó al régimen de ahorro individual.

13. La señora ALBA ROSEL AVILES MARTINEZ, tiene cotizado aproximadamente un total de 1000 semanas en COLPENSIONES...”

Así las cosas, comoquiera que, el Juez Laboral, está obligado a interpretar la demanda para desentrañar el verdadero alcance e intención del demandante, al formular sus súplicas, valorando en todo su conjunto libelo, sin que pueda aislar el petitum de la causa petendi; es por lo que, considera la Sala, que, la posible multifiliación de la demandante al Sistema General de Pensiones, sí fue objeto de demanda, estando el *a quo*, no solo en el deber de advertir esa situación, sino también de pronunciarse al respecto; sin que por ello, se vulnere el debido proceso de las demandadas, quienes sí tuvieron la oportunidad de controvertir los hechos ya mencionados.

DEL TRASLADO ENTRE RÉGIMENES PENSIONALES – INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN O CONFLICTO DE MULTIVINCULACIÓN

En aras de establecer si en el caso de la demandante, se presente un conflicto de multifiliación al Sistema pensional o si, por el contrario, lo que procede es la ineficacia de su traslado al RAIS, por el incumplimiento de la AFP PORVENIR S.A., al deber de información, forzoso se muestra en primer término para la Sala, remitirse al ordenamiento que regula el asunto, así:

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 100 de 1993, el Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios excluyentes pero que coexisten a saber, el primero denominado de Prima Media con Prestación Definida y el segundo de Ahorro Individual con Solidaridad, cada uno con sus características propias, señalando en el literal b) del artículo 13, que, en su redacción original establecía el derecho que le asistía a los trabajadores y demás afiliados al sistema de escoger libremente entre uno y otro régimen; advirtiendo en todo caso que *“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”*; siendo modificada esa norma por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en el sentido que el término sería de *“cinco (5) años, contados a partir de la selección inicial, pero 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”*, situación entonces que guarda consonancia con lo dispuesto por los Decretos 692 y 1161 de 1994, en concordancia con el Decreto 1642 de 1995; los cuales en síntesis permitían al trabajador afiliado solicitar su retiro a la entidad administradora seleccionada, siempre y cuando tal afiliación correspondiera a la primera escogencia de uno de los dos regímenes establecidos en la Ley 100 de 1993, a efectos que regresaran a la Administradora, a la que se encontraran afiliados antes del 01 de abril de 1994.

Ahora bien, respecto a la multivinculación de una persona al Sistema pensional, el artículo 17 del Decreto 692 de 1994, estableció que, ésta se presenta, cuando i) el afiliado se traslada de régimen sin haber cumplido el tiempo mínimo de permanencia; o ii) realizaba aportes de forma simultánea y por los mismos periodos a dos regímenes excluyentes. Luego, se expidió el Decreto 3800 de 2003, según el cual *“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”*; y que, cuando estas personas se encontraran en situación de múltiple vinculación de régimen ante las administradoras del Sistema General de Pensiones, deberían elegir el régimen al que deseaban estar vinculados, pues, de no hacerlo se entenderían afiliados a la entidad a la que se encontraran cotizando a 28 de enero de 2004 o a aquella que recibió la última cotización antes de dicha fecha.

Posteriormente, el artículo 2 del Decreto 3995 de 2008, indicó que:

“Artículo 2°. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.

Para definir a qué régimen pensional esta válidamente vinculada una persona que se encuentra en estado de múltiple vinculación al 31 de diciembre de 2007, se aplicarán, por una única vez, las siguientes reglas:

Cuando el afiliado en situación de múltiple vinculación haya efectuado cotizaciones efectivas, entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido el mayor número de cotizaciones; en caso de no haber realizado cotizaciones en dicho término, se entenderá vinculado a la administradora que haya recibido la última cotización efectiva. Para estos efectos, no serán admisibles los pagos de cotizaciones efectuados con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este decreto.

Cuando el afiliado no haya efectuado ninguna cotización o haya realizado el mismo número de cotizaciones en ambos regímenes entre el 1° de julio y el 31 de diciembre de 2007, será válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales antes de la situación de múltiple vinculación.

Las reglas previstas en este artículo también aplicarán a aquellos afiliados que se encuentran registrados en las bases de datos de los dos regímenes por no haberse perfeccionado el traslado de régimen”.

Respecto a las características de una situación de multiafiliación, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL2259-2022, explicó:

“De la lectura de la norma transcrita se colige que tal situación se presenta cuando un afiliado se traslada entre regímenes pensionales (del RPMPD al RAIS o viceversa), por fuera del término otorgado por la ley para tales efectos; trayendo como consecuencia que deba tomarse como válida, únicamente, la última afiliación que se hizo, respetando, eso sí, los plazos concedidos para ello, como lo asentara

esta Sala de la Corte, entre muchas otras, en sentencia CSJ SL4777-2019, en la que recordó:

Sobre el tema propuesto en el único cargo, desde tiempo atrás esta Sala ha sostenido que el efecto de la afiliación múltiple al sistema pensional, de conformidad con lo establecido en el art. 17 del D. 692/94, es la validez de la última efectuada en los términos legales, de manera tal que una vez definido este aspecto, lo que procede es la transferencia de los saldos a la administradora de pensiones cuya afiliación resulte válida, por cuanto a ésta corresponde asumir el reconocimiento y pago de las prestaciones de invalidez, vejez y muerte.

Ahora bien, conviene precisar que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, previeron dos escenarios posibles: (i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, quienes podían continuar automáticamente suscritos a dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; y (ii) para las personas que hubieran efectuado su selección inicial después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes solo podían trasladarse luego de transcurridos 3 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la mencionada normativa, término modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual se amplió a 5 años.

[...]

Precisado lo anterior, sobre la problemática planteada resulta suficiente traer a colación lo asentado por esta Corporación en sentencia CSJ SL del 4 de jul. 2012, Radicación No. 46106, reiterada en la SL8215-2016, en los siguientes términos:

1.- La múltiple afiliación se presenta cuando no puede ser válida la última si no se realiza dentro de los términos previstos en la ley. El artículo 17 del Decreto 692 de 1994 al prohibir la múltiple vinculación, señaló que el afiliado sólo podrá trasladarse de régimen o de administradora de pensiones, cuando dicho cambio se lleve a cabo en los plazos que para tal efecto se tienen fijados, resultando válida la última vinculación efectuada dentro de los términos legales; las demás no serán válidas ni legítimas, debiéndose proceder a transferir la totalidad de los saldos a la administradora cuya afiliación resulte válida.

2.- Para el traslado de régimen, que es el punto que interesa al recurso extraordinario, una vez efectuada la selección inicial, los afiliados al sistema general de pensiones sólo podrán trasladarse de régimen transcurridos tres (3) años conforme a lo estipulado en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994. Con la entrada en vigencia del artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, ese término se amplió a cinco (5) años.”

De otra parte, en virtud del mismo artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que autoriza el traslado de régimen pensional, se estableció para las Administradoras de fondos de pensiones, el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, dando a conocer los beneficios e inconvenientes de uno y otro régimen pensional, para que el afiliado tome una decisión debidamente ilustrado; obligación que, de incumplirse por dichos fondos, trae como

consecuencia la ineficacia de esa decisión, retrotrayendo las cosas a su estado inicial, esto es, como si las personas no se hubiesen cambiado de régimen pensional.

En el presente caso, de acuerdo con las pruebas allegadas y practicadas en el curso del proceso, se encuentra demostrado que, la señora ALBA ROSEL AVILES MARTÍNEZ, nació el 16 de junio de 1958; que, entre el 23 de abril de 1990 y el 31 de enero de 1998, realizó aportes para pensión al Instituto de Seguro Social; luego, el 26 de diciembre de 1997, la actora, se trasladó al RAIS, suscribiendo formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la AFP PORVENIR S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 01 de febrero de 1998; que, el 26 de julio de 2004, cuando la demandante, tenía cumplidos 46 años, radicó ante el Seguro Social, un “*FORMULARIO DE VINCULACIÓN O ACTUALIZACIÓN AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES*”, señalando en la casilla de tipo de novedad, el cuadro correspondiente a “*ACTUALIZACION*”; y, a partir de ese momento, nuevamente todos sus aportes a pensión hasta el 31 de diciembre de 2016, fueron efectuados a COLPENSIONES; Administradora, que, además entre el 26 de julio de 2004 y el 31 de diciembre de 2016, le certificó en sendas oportunidades, su condición de afiliada activa al RPM y además realizó múltiples correcciones a la historia laboral de la actora.

Pese a lo anterior, el 04 de enero de 2017, dándole respuesta a una petición de cambio de estado de afiliación, presentada por la accionante, COLPENSIONES, le informó a la señora AVILES MARTÍNEZ, que “*después de haber verificado las bases de datos de Colpensiones y la base de datos de información de Administradoras de Fondos de Pensiones – SIAF, usted presenta un presunto estado de multivinculación. En razón a lo anterior para atender su solicitud se requiere que COLPENSIONES realice con la Administradora de Fondos de Pensiones – AFP PORVENIR, en donde se encuentra simultáneamente vinculada las validaciones necesarias en las bases de datos o comité de multivinculación, para poder determinar la administradora a la cual se encuentra válidamente afiliada*”; posteriormente, el 17 de enero de 2018, se le informó que, se encontraba válidamente a afiliada a PORVENIR, sin darle validez al formulario radicado por ésta, en el año 2004, ya que, “*indica que es una actualización de datos y no un traslado de régimen pensional*”, además que, “*no se encontraba debidamente diligenciado teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999*” (Archivos 01 07 y 08).

Así las cosas, para la Sala, en el presente caso, no existe un problema de multifiliación, ya que, no hubo una simultaneidad en el pago de cotizaciones de la demandante, en uno y otro régimen, que generara duda sobre cuál de las demandadas, debía responder por la prestación pensional, ni tampoco se presenta simultaneidad en la fecha de vinculación a los regímenes; nótese como la señora ALBA ROSSEL AVILES MARTÍNEZ reportó pagos al Sistema General de Pensiones, a través de PORVENIR S.A y el ISS hoy COLPENSIONES, en épocas distintas.

No obstante, para definir cuál es la afiliación válida de la actora, al Sistema pensional, se debe precisar que, aunque el 26 de diciembre de 1997, ésta se trasladó del RPM al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., independientemente de la selección marcada en el formulario de afiliación y actualización de datos radicado en el Seguro Social, el 26 de julio de 2004, ALBA ROSSEL AVILES MARTÍNEZ, se encuentra válidamente afiliada al RPM, al haber operado la afiliación tácita a dicho régimen, comoquiera que, el Seguro Social hoy COLPENSIONES, no objetó el pago de las cotizaciones realizadas entre julio de 2004 y diciembre de 2016, en los términos consagrados en el inciso 2 del artículo 12 del Decreto 692 de 1994, según el cual *“Si dentro del mes siguiente a la solicitud de vinculación, la respectiva administradora no ha efectuado la comunicación prevista en el inciso anterior, se entenderá que se ha producido dicha vinculación por haberse verificado el cumplimiento de todos los requisitos establecidos para el efecto”*.

En los anteriores términos habrá de confirmarse la sentencia apelada, pero por las razones expuestas en esta decisión, esto es, que no existió un conflicto de múltiple vinculación, por lo que la afiliación válida de la actora fue la efectuada al ISS hoy Colpensiones en el año 2004 con el recibimiento no objetado de los pagos, por esa Administradora.

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. 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 30 de enero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALBA ROSSEL AVILES MARTÍNEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho a cargo de esa demandada la suma de \$1.160.000.00, a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105031202200423-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JORGE ENRIQUE CORREDOR PRIETO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** ; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

JORGE ENRIQUE CORREDOR PRIETO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare que la AFP PORVENIR S.A., faltó al deber de información de manera clara, completa, veraz, oportuna adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensión y en general sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, con los riesgos, beneficios y desventajas; que, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, por lo que, para todos los efectos legales siempre ha permanecido en el RPM, sin solución de continuidad; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de esa Administradora; que, se ordene a COLPENSIONES, a

reactivar su afiliación, recibir los aportes y rendimientos devueltos, actualizar y corregir su historia laboral; que, se conceda lo extra y ultra petita, con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 17 de enero de 1962, por lo que, a la presentación de la demanda, tenía 60 años de edad; que, desde el inicio de su vida laboral, estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES, en donde cotizó a través de varios empleadores, hasta cuando en una campaña de desinformación en general, se trasladó al RAIS, firmando el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A.

Indicó que, su traslado se realizó, sin que la AFP PORVENIR S.A., le informara de forma concreta y veraz las reales consecuencias de su decisión, no le explicó la naturaleza del RAIS, sus características y diferencias con el RPM; que, tampoco se le enseñaron las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, ni las condiciones, para que, tanto en RAIS, como en el RPM, pudiera acceder de una pensión de vejez, invalidez o muerte; que, nunca se le dijo cuál podría ser el posible valor de su mesada pensional en ambos regímenes pensionales; que, nada le manifestaron de la forma en que se distribuiría su cotización y los descuentos que le harían por gastos de administración; que, no la contactaron antes de los 47 años de edad, para brindarle una reasesoría o indicarle la posibilidad que tenía de retornar al RPM (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivo 08).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante JORGE ENRIQUE CORREDOR PRIETO, que realizó del RPM al RAIS, teniéndolo como válidamente afiliado en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima debidamente indexadas; condenó a COLPENSIONES, a recibir al demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen; condenó a PORVENIR S.A. al pago de costas y agencias en derecho.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, argumentó que, al demandante, no le asiste el derecho a retornar al RPM, en virtud de la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; además, no quedó demostrado dentro del proceso la ocurrencia de un vicio de consentimiento al momento de su traslado al RAIS, como para declarar su nulidad; que, con todo el tiempo de permanencia del actor en el RAIS, se supera cualquier incertidumbre respecto a su voluntad de permanecer en ese régimen.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó revocar la sentencia de Primer Grado, pues, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la Corte Suprema de Justicia, esa misma Corporación, ha indicado que el mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos de ineficacia del traslado, por incumplimiento del deber de información, sino que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo que no ocurre en el presente asunto, pues, el actor, realizó válidamente su traslado al RAIS, de manera voluntaria, sin presiones, informado, de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado, en el año 1994, sin que estuviera esa AFP, obligada a darle información en los términos reclamados en la demanda; que, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS, se encontraban en la Ley 100 de 1993, por lo que, el demandante, las pudo validar en cualquier momento; que, como todo consumidor financiero, el señor CORREDOR PRIETO, debió actuar con mediana diligencia y por lo menos buscar información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adelantando; que, PORVENIR S.A., ha actuado con buena fe objetiva; que, en caso de confirmar la decisión de ineficacia, los rendimientos que deben retornar al RPM, son lo que se hubiesen generado en ese régimen, pues, no tendría sentido que si el traslado no surtió ningún efecto legal, se obligue devolver los rendimientos propios del RAIS, debiendo además reconocérsele a esa

Administradora, los gastos en que incurrió para obtener tales rendimientos, que se sintetizan en los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, estas últimas además ya no se encuentran en su poder, pues, fueron pagadas a la aseguradora correspondiente para garantizar al actor, los riesgos de invalidez y sobrevivencia; que desestimada la ineficacia del traslado, tampoco procede la condena impuesta por agencias en derecho.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES, insistió en que se debe declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que éste se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor de la AFP, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual, sin que se lograra acreditar, ningún vicio del consentimiento, que produzca la ineficacia de su decisión.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, debe revocarse la sentencia de Primera Instancia, por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional

El demandante, por su parte, solicitó confirmar la sentencia apelada, ante la ausencia de prueba alguna que condujera a verificar que la AFP PORVENIR, brindó la asesoría e información necesaria completa, eficiente eficaz, cierta y oportuna al realizar el cambio de régimen pensional, no le advirtió de las implicaciones que con llevaba las pensiones dentro del RPM y en el RAIS, como tampoco de la forma de pensiones de ese régimen.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del 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 el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por la AFP PORVENIR S.A.;

iii) si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM, y iv) si procede el pago de las costas procesales impuesto a la AFP PORVENIR S.A.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos regímenes 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.

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de las Administradoras de fondos de pensiones al

momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **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.

Al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 17 de enero de 1962; reclamación administrativa presentada en COLPENSIONES y su correspondiente respuesta negativa; solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., de fecha 13 de diciembre de 1994; detalle análisis jurídico realizado por PORVENIR S.A., al demandante, con la distribución de su ahorro pensional; certificado de afiliación del demandante a la AFP PORVENIR S.A., historia laboral consolidada de PORVENIR S.A.; relación de movimientos y aportes de la cuenta individual del demandante; consulta SIAF; resumen de historia laboral emitida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES, entre el 05 de mayo de 1993 y el 31 de diciembre de 1994; expediente administrativo de COLPENSIONES (Archivos 02 y 08).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para el año 1994, trabajaba en una empresa que se llama Ingenieros Consultores, en el proyecto Cervecería Leona, en Tocancipá – Cundinamarca y, en un día laboral normal, se acercaron los asesores de PORVENIR S.A. y en una reunión grupal, de 10 a 15 minutos, invitaron a los trabajadores que estaban ahí, a afiliarse a esa Administradora, porque, el proyecto de la Cervecería, hacía parte del mismo Grupo empresarial de esa AFP, y contribuirían al mismo, además que, sus semanas cotizadas en el ISS, pasarían a esa Administradora; que, en esa reunión él no hizo ninguna pregunta; que, no recibió presión de su empleador, ni de los asesores, para trasladarse, pero tampoco recibió ninguna información particular sobre el tema; que, desde hace 3 a 5 años ha recibido los extractos y sólo se limita a revisar que aparezcan reportados los periodos laborados; que, recientemente PORVENIR, le hizo un cálculo de su posible mesada pensional, aduciendo un valor aproximado de \$1.300.000, lo que le sorprendió mucho y entonces el mismo asesor de la AFP, le dijo que tenía que cotizar cerca de \$1.500.000.000 para alcanzar una pensión similar a la de COLPENSIONES o que buscara un abogado, para demandar.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso haberle proporcionado al actor, información alguna durante su afiliación y menos aún en el transcurso de los años en que ha permanecido afiliado a esa Administradora, en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza

de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 13 de diciembre de 1994, con efectividad el 01 de enero de 1995, se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto, confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la demandada PORVENIR S.A., sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.

Costas en esta Instancia, a cargo de las recurrentes, por haberles sido desfavorable la alzada. 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 21 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JORGE ENRIQUE CORREDOR PRIETO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

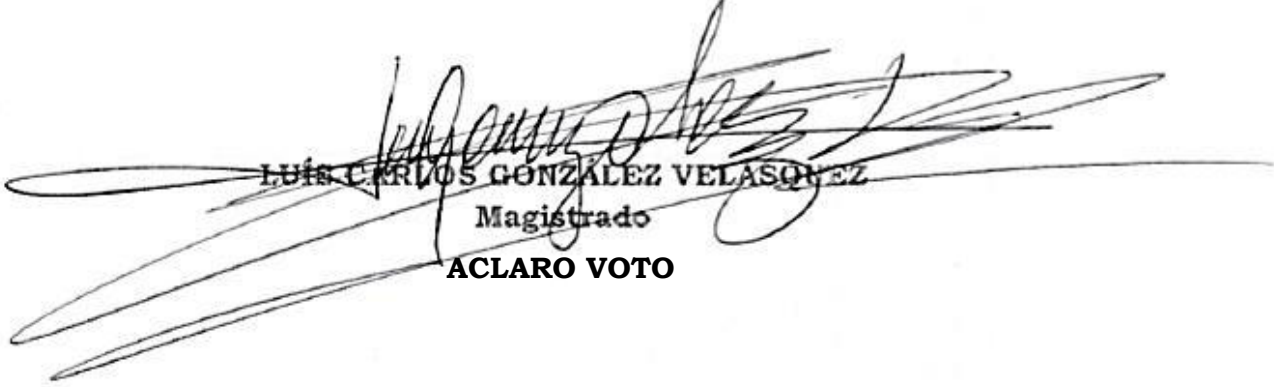
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada una de ella y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

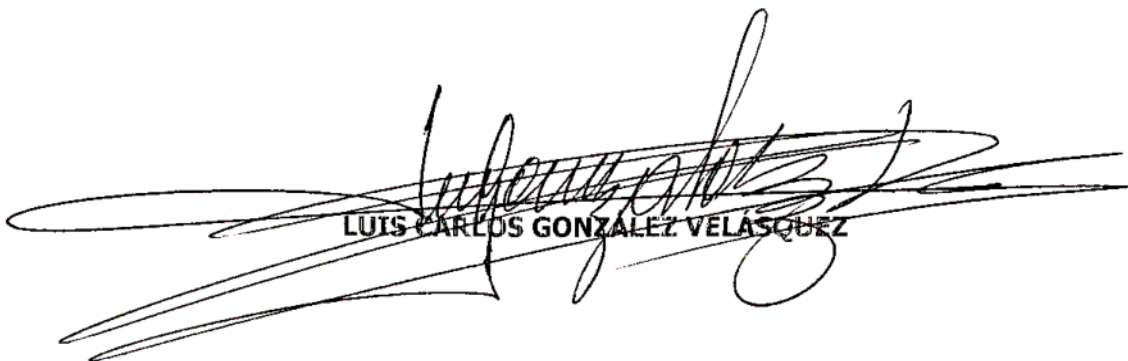
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 031 2022 00423 01 DE JORGE ENRIQUE CORREDOR PRIETO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor CORREDOR PRIETO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105002201900442-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 03 de mayo de 2023, por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **SANTIAGO RAMÓN GARCÍA MARÍN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

SANTIAGO RAMÓN GARCÍA MARÍN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la anulación por ineficacia de su afiliación y traslados dentro del RAIS; que, se ordene su retorno al RPM, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiese ido de dicho régimen en razón al principio de favorabilidad; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación, como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hayan causado como lo dispone el artículo 1746 del CC, gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o los gastos de administración o cualquier otro que se genere en

aplicación del artículo 963 del CC; que, en caso de haberse reconocido el derecho pensional, por parte de la AFP PORVENIR S.A., ésta sigan pagando las mesadas correspondientes hasta tanto se materialice el traslado de Administradora, con los respectivos recursos y la inclusión en nómina de pensionados; que, se declare lo ultra y extra petita y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales, incluyendo las agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, a partir del 24 de septiembre de 1991, en el régimen de Prima Media con Prestación Definida, hasta febrero de 1999, cuando se trasladó al RAIS, efectuado aportes a ING ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la cual fue posteriormente absorbida por PROTECCIÓN S.A., y que, posteriormente, estando en el RAIS, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.

Advirtió que, la AFP ING, a través de un promotor, al momento de su traslado sólo se limitó a diligenciarle el formulario, que era un formato preestablecido, sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, comparado con el RPM; que, no se le hicieron ni entregaron proyecciones o comparaciones respecto al valor de la mesada, en uno y otro régimen pensional; tampoco se le explicó hasta qué edad y con qué salarios debía cotizar en el RAIS, para acceder a una pensión de vejez, por lo menos, igual o equivalente a la reconocida por COLPENSIONES; que, nada se le indicó respecto a la negociación de su bono pensional, ni la reducción del valor de la pensión por tener cónyuge o hijos discapacitados o menores de edad.

Indicó que, al momento de su traslado nada se le manifestó respecto a la posibilidad de retractarse de su afiliación al RAIS; que, realizadas las proyecciones de su mesada pensional en COLPENSIONES, esta ascendería a la suma de \$3.462.263, mientras que en PORVENIR S.A., sería de \$1.232.764, dejando de recibir \$2.229.499; que, les solicitó a las demandadas, anular su afiliación al RAIS, y proceder a su devolución y traslado al RPM, pero todas le dieron una respuesta negativa (fls. 4-41 Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito denominadas descapitalización del sistema

pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones administradoras de Seguridad Social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, innominada o genérica (fls. 346-379 Archivo 01)

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, formuló 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 declare 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, traslado de aportes (Archivo 04).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó 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 (Archivo 13).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 03 de mayo de 2023, el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, realizado a través de PROTECCION S.A., el 17 de noviembre 1998 y su consecuencial traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A., del 25 de enero de 2000; condenó a la AFP PORVENIR S.A., como última Administradora a la que se encuentra vinculado el demandante, a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor SANTIAGO RAMON GARCÍA MARÍN, como cotizaciones, bonos pensionales, con los rendimientos causados, con sus rendimientos; así como de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado.

También le ordenó a COLPENSIONES, aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Prima Media el 01 de marzo de 1995, situación que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información de la historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PROTECCION, la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, solicitando que se revoque en su integridad la sentencia de Primera Instancia, pues, tal decisión quebranta el principio de sostenibilidad financiera, ya que, como Administradora del RPM, COLPENSIONES, tiene una naturaleza jurídica y obligaciones distintas a un Fondo privado, tan es así que sus activos propios, no generan un pasivo únicamente respecto de un afiliado, sino para la comunidad, por ser un Sistema de reparto y no de capital, de ahí que, mal puede considerarse que el traslado del capital construido por el afiliado en el RAIS, durante 28 años, va a beneficiar únicamente al demandante, ya que, realmente está dirigido a los demás afiliados que ya se encuentran pensionados, por lo tanto, las cotizaciones nunca le van a pertenecer al afiliado sino al Sistema; que, el riesgo que maneja COLPENSIONES, es alto, mientras que en el RAIS, es moderado, lo que genera un vacío económico en contra de esa Entidad; que, COLPENSIONES, en esta clase de procesos, se encuentra como un tercero, esperando que los Fondos pensionales se defiendan.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, insistió en que se debe revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones del actor, pues, en gobierno a los preceptos constitucionales y legales no puede dársele tratamiento como una parte litigiosa en su plenitud, cuya oposición a las pretensiones obedecen a un deber legal y constitucional, por lo que las condenas por el rubro señalado resultarían ser contrarias a los deberes objetivos propugnados por la administración.

La AFP PORVENIR S.A., aunque no presentó recurso de alzada, también solicitó que se revoque el fallo de Primera Instancia, comoquiera que, no se configuran los presupuestos de la nulidad del traslado de régimen pensional.

El demandante, por su parte, alegó que, en el plenario se encuentra acreditado que las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS, a las cuales estuvo afiliado, nunca cumplieron con su deber de información, por lo que debe confirmarse la sentencia apelada.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no

acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, i) si la ING PENSIONES Y CESANTIAS S.A. hoy PROTECCION S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; ii) si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de ING PENSIONES Y CESANTÍAS; iii) si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; y, iv) si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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

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

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

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

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

una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de**

pensiones, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, reporte de semanas cotizadas por el actor, en COLPENSIONES, del 24 de junio de 1991 al 31 de marzo de 1999; reclamaciones presentadas ante PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR S.A., con sus respectivas respuestas; historia laboral consolidada del demandante, en la AFP PORVENIR S.A., donde se extrae que, al 09 de abril de 2019, el señor GARCÍA MARÍN, tenía un total 1.303 semanas cotizadas, de las cuales 274 lo fueron al RPM, 52 a otras AFP y 977 a PORVENIR S.A.; relación histórica de movimientos y aportes de la cuenta de ahorro individual del actor en PORVENIR S.A., formulario de vinculación o traslado a la AFP PORVENIR S.A., diligenciado el 25 de enero de 2000; historia laboral válida para bono pensional; formulario reclamación radicado ante COLPENSIONES, el 20 de marzo de 2019, solicitando la anulación del traslado al RAIS y su retorno al RPM con la respuesta negativa de esa Administradora, de fecha 21 de marzo de 2019; extractos del Fondo de Pensiones Obligatorias del demandante en PORVENIR S.A.; análisis comparativo del valor de la mesada pensional del actor, en uno y otro régimen, que se decretó por la *a quo*, como prueba documental, más no pericial; expediente administrativo del demandante, en COLPENSIONES; constancia de traslado de aportes del señor SANTIAGO RAMÓN GARCÍA MARÍN de PROTECCIÓN S.A. a la AFP PORVENIR S.A.; reporte de estado de cuenta de PROTECCIÓN S.A.; consulta SIAF, donde se advierte que el demandante perteneció al RPM hasta el 31 de diciembre de 1999, a partir del 01 de enero de 1999, se trasladó a ING y el 25 de enero de 2000, se vinculó con la AFP PORVENIR S.A.; certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., a partir del 01 de marzo de 2000 (Archivos 01, 03, 04 y 13);

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, por su condición de médico, tenía conocimiento de la crisis de la salud e incluso fue un damnificado con el cierre de algunas Cajas de Previsión, así que, para la fecha de su traslado inicial al RAIS, con el inminente cierre del Seguros Social, laboró para COLSANITAS, que les tenía sus trabajadores cuentas en DAVIVIENDA, entonces a su oficina llegaron asesores de DAVIVIR, quienes le dijeron que el SEGURO SOCIAL estaba en crisis, que posiblemente sus pensión no llegaría a completarse y que podía quedarse sin una afiliación pensional, por lo que, lo mejor era pasarse a un sistema de fondos privados; que, los asesores iban a autorizados por su empleador, con personal de la Compañía y uniformados; que, no hubo una reunión colectiva, ni mucho menos una explicación, solo que debía firmar el respectivo formulario de DAVIVIR, en enero de 1999, el cual aún conserva y a partir de ahí quedó en el RAIS, desconociendo la opción de tenía de devolverse al RPM, *“en síntesis no hubo como una motivación, algo atractivo que me hubiera propuesto DAVIVIR aparte de*

la seguridad y la confianza de ver a las personas que venían de la Compañía, de DAVIVIENDA y que iba a tener mis aportes seguros y que podía pensionarme, sin ninguna dificultad”; que, no retornó a COLPENSIONES, *“por exceso de confianza”* y porque nadie le dijo que podía hacerlo; que, se cambió a la AFP PORVENIR, por creer que estaba en un régimen pensional confiable y que tendría todas las garantías para acceder a una pensión de vejez de calidad, además que, se terminó DAVIVIR y todos los compañeros de trabajo y él se cambiaron, porque les dijeron que conservarían los mismos beneficios; que, busca con su retorno al RPM, una mejor calidad de vida y brindarle a su esposa, quien sufrió un accidente, hace más de 10 años, el cuidado adecuado que ella se merece, con un soporte económico suficiente; que, recibía extractos de DAVIVIR y PORVENIR, pero nunca pudo interpretarlos; no recuerda haber recibido extractos de PROTECCIÓN S.A.

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

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por el demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que

se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

Finalmente, debe esta Sala, señalar que, tampoco la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

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

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, al no haber prosperado los argumentos de su apelación. 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 03 de mayo de 2023 por el Juzgado Segundo (02) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **SANTIAGO RAMÓN GARCÍA MARÍN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del actor. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

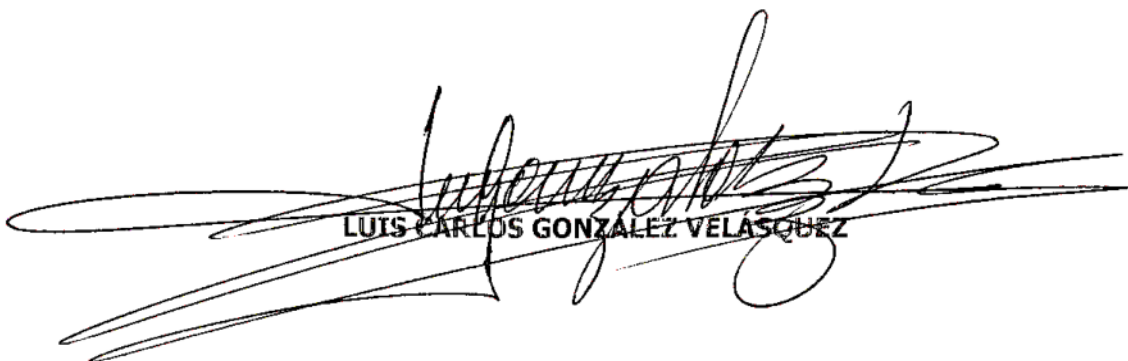
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 002 2019 00442 01 DE SANTIAGO RAMON GARCÍA MARÍN CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor GARCÍA MARÍN al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105023202200451-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 17 de abril de 2023, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALICIA MAHECHA REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

ALICIA MAHECHA REYES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., para que, se declare la ineficacia de su vinculación al RAIS, a través de la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A; y, en consecuencia, que, se condene a PROTECCIÓN S.A., a aceptar la ineficacia de su afiliación al RAIS, trasladando a COLPENSIONES, el valor de los saldos o aportes pensionales consignados en su cuenta de ahorro individual, con los cobros y gastos administrativos; que, se condene a COLPENSIONES, a aceptar su retorno al RPM, recibiendo los valores correspondientes a aportes, rendimientos financieros y gastos de administración, trasladados del RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, laboró para varios empleadores públicos y privados, cotizando para pensión al RPM, a

través del ISS hoy COLPENSIONES, desde el año 1996 y hasta el mes de agosto de 2001, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., quien contrató un sinnúmero de vendedores o asesores comerciales para captar trabajadores, induciéndolos de manera inapropiada a vincularse al nuevo régimen pensional, sin tener un conocimiento idóneo en temas de Seguridad Social.

Advirtió que, no le informó a su empleador del cambio de régimen pensional; que, el asesor de la AFP SANTANDER, le manifestó que con su traslado no perdería los beneficios pensionales del RPM; que, nunca le indicaron los riesgos de mantenerse en el RAIS, ni le suministraron información idónea para asumir una decisión objetiva; que, al momento su traslado, no se efectuó por parte del representante de la AFP, una simulación o comparación del valor de la mesada en uno y otro régimen de pensiones, tampoco se le informó de la posibilidad de retracto o retorno al RPM; que, COLPENSIONES, tampoco adelantó ninguna gestión para brindarle una información a los afiliados con solicitud de traslado.

Indicó que, su permanencia en el RAIS, es ilegal, por lo que, a la presentación de la demanda, cumplía más de 1 año, intentando gestionar su retorno al RPM, petición que presentó ante COLPENSIONES y que le fue negada por esa Administradora (Archivo 01).

CONTESTACIÓN 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP PROTECCIÓN S.A. 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, aplicación de la sentencia SL-373 de 2021 y la innominada o genérica (Archivo 08).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la

obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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 (Archivo 10).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de abril de 2023, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la señora ALICIA MAHECHA REYES al RAIS, por la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia, incluidos los gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, pues tales conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

También, condenó el *a quo*, a COLPENSIONES, para que reciba a la actora en el RPM, como si nunca se hubiese retirado de dicho régimen y a corregir su historia laboral, conforme a las semanas cotizadas en el Régimen de Ahorro Individual; declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada, condenando en costas a PROTECCIÓN S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, para el año 2001, cuando la demandante, se trasladó al RAIS, no existía la obligación por parte de las AFP de dar una doble asesoría, ni tampoco se puede exigir que el asesor, haya explicado las diferencias en uno y otro régimen pensional, cuando éstas se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993; que, no se puede alegar una ignorancia de la ley, en beneficio propio; que, como se advierte del interrogatorio de parte, la demandante, ni siquiera sabía a qué Administradora de Pensiones, estaba afiliada, por lo que, no podría alegarse una falta de información, ni mucho menos subsanarse la misma, con la ineficacia declarada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, insistió en que se debe revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones de la actora, pues, resulta inverosímil que la demandante, hubiese evidenciado las irregularidades en su traslado sin haber formulado duda o inquietud de la decisión tan importante que ello implicaba, y no fue sino hasta haber acreditado la edad exigida por la ley para acceder a la pensión de vejez, decida solicitar nuevamente el traslado de regímenes aduciendo engaño por parte de la AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, haciendo especial énfasis en si la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., cumplió con el deber de información clara y completa, para que, la actora, tomara una decisión con total conocimiento de las consecuencias que dicho cambio de régimen pensional implicaría para su futuro pensional.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de**

dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.

Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

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

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

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

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

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito

de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se advierte como fecha de nacimiento el 12 de febrero de 1963; reporte de semanas cotizadas por la actora en COLPENSIONES, del 01 de abril de 1996 al 31 de julio de 2001; historia laboral de PROTECCIÓN S.A., donde consta que, al 26 de septiembre de 2002, ALICIA MAHECHA REYES, había cotizado 1287,57 semanas de las cuales 247,71 lo fueron al RPM y 1.039,86 en el RAIS; reclamaciones presentadas ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., el 10 de octubre de 2022; solicitud de vinculación al Fondo Obligatorio de Pensiones administrado por Pensiones y Cesantías SANTANDER, diligenciado el 24 de julio de 2001; reporte estado de cuenta individual de la actora en PROTECCION S.A.; consulta SIAF; historia laboral válida para bono pensional (Archivos 01, 08 y 10).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 2001, trabajaba en el Colegio Kennedy de Arbeláez – Cundinamarca, el rector, citó a todos los trabajadores a una reunión en la sala de profesores y allí llegaron unos asesores, que les informaron que el Seguro Social, se iba a acabar, y como había escuchado en las noticias, la misma información, decidió cambiarse; que, además le dijeron que iba a ganar una pensión superior a la que le correspondería en el ISS; que, no le explicaron las características del RAIS, ni le hablaron de rendimientos o aportes voluntarios; que, no tiene conocimiento de los beneficios de uno y otro régimen pensional; que, nunca antes reclamó a PROTECCIÓN o manifestó su inconformidad, porque sólo un año antes de presentar esta demanda, se enteró las condiciones en que sería pensionaria en el RAIS; que, no tenía conocimiento de la posibilidad de

regresar al RPM antes de los 47 años de edad; que, se acercó a PROTECCIÓN S.A., donde le informaron que su mesada pensional sería equivalente a un salario mínimo legal mensual y también preguntó en COLPENSIONES, cuando solicitó su historia laboral y le dijeron que podría ser un poco más de mínimo; que, en la reunión donde se efectuó su traslado, no había ningún asesor del ISS hoy COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, 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 ALICIA MAHECHA REYES, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la sentencia

apelada.

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, en los términos del artículo 365 del CGP, al no haber prosperado los argumentos de su apelación. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de abril de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ALICIA MAHECHA REYES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 023 2022 00451 01 DE ALICIA MAHECHA REYES CONTRA COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora MAHECHA REYES al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013202000462-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 11 de abril de 2023 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JUAN CARLOS BASTO RUBIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

ANTECEDENTES

JUAN CARLOS BASTO RUBIO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la existencia de un vicio en el consentimiento que lo indujo en error en la afiliación a PORVENIR S.A., al no cumplir con el deber de información; que, se declare la ineficacia del acta o formulario de afiliación, mediante el cual se trasladó al RAIS, a través de PORVENIR S.A.; que, se declare que para efectos pensionales continúa afiliado al RPM administrado por COLPENSIONES; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a devolver todos sus aportes a COLPENSIONES; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 15 de octubre de 1960, por lo que, a la presentación de la demanda, tenía 60 años de edad; que, estuvo afiliado y cotizando al Sistema General de Pensiones, administrado por COLPENSIONES, desde 1984 y hasta 1994, cuando se trasladó

al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A., mediante formulario suscrito el 13 de septiembre de 1994, cuando se encontraba laborando para la Clínica Colsanitas.

Indicó que, el promotor de ventas de la AFP PORVENIR S.A., lo indujo a trasladarse de régimen pensional con la promesa de una mesada pensional superior a la que le correspondería en el RPM y a cualquier edad, sin suministrarle ninguna información financiera sobre los requisitos que debía tener en uno y otro régimen para acceder a la pensión de vejez, ni mucho menos advertirle los pros y contras de su traslado.

Refirió que, el 6 de octubre de 2020, les solicitó a las demandadas, la nulidad o invalidez de su afiliación al RAIS, petición que le fue negada por éstas (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y las demás que resulten probadas y puedan ser declaradas de oficio por la Juez (Archivos 01 y 15).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 11).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de abril de 2023, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, realizado a través de la AFP PORVENIR S.A., el 13 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994; condenó a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima; condenó a COLPENSIONES a tener como afiliado al actor, a recibir los dineros provenientes del RAIS y actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; condenó en costas a PORVENIR S.A. y concedió el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, al haber quedado demostrado que PORVENIR S.A., no le brindó una asesoría clara, completa, veraz, mucho menos desde el punto de vista técnico, financiero ni jurídico sobre las consecuencias de un cambio de régimen, pues, simplemente se le dio una información muy general, sin entrar en detalles o requisitos correspondientes.

COLPENSIONES, pese a no haber apelado la sentencia objeto de consulta, pidió revocarla y absolver a esa Administradora de las pretensiones de la demanda, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

La AFP PORVENIR S.A., manifestó que, en el presente caso, no se cumple con ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, quien haciendo uso del derecho a la libre escogencia materializó su voluntad de traslado, con la suscripción del formulario de afiliación; que, PORVENIR S.A., acreditó el cumplimiento del deber de información, sin que puedan imponérsele cargas probatorias inexistentes para la fecha de vinculación del demandante, con esa AFP.

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 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la *a quo*, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y, en consecuencia, sí procede o no su retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

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

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

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

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

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

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

De ahí que, se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las Administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se

encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, historia laboral consolidada del demandante, en la AFP PORVENIR S.A., donde al 20 de agosto de 2020, acreditó un total de 1.539 semanas cotizadas, de las cuales 215 lo fueron al RPM y 1.324 al RAIS; solicitud de vinculación a PORVENIR S.A., de fecha 13 de septiembre de 1994; reclamaciones presentadas ante PORVENIR y COLPENSIONES, para obtener la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, con las respuestas negativas por parte de esas Administradoras; expediente administrativo del demandante, en COLPENSIONES; consulta SIAF con el historial de vinculaciones del señor BASTO RUBIO en el Sistema General de Pensiones; formulario único de vinculación al fondo voluntario de pensiones de PORVENIR S.A., con fecha del 20 de octubre de 2003; relación de aportes y movimientos de la cuenta de ahorro individual del actor, en PORVENIR S.A.; certificación de afiliación de JUAN CARLOS BASTO RUBIO a la AFP PORVENIR

S.A., con fecha de efectividad 01 de octubre de 1994; resumen de historia laboral válida para bono pensional (Archivos 02, 10 y 11).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para el año 1994, la organización para la cual ha trabajado siempre, programó, a través del área de Recursos Humanos, una serie de reuniones grupales, donde en un lapso de 10 a 15 minutos, varios asesores de PORVENIR S.A., les dijeron a él y demás compañeros, que el Seguro Social, no tenía futuro, por lo que, tendrían muchas ventajas si se trasladaban a esa AFP, porque el ISS, se acabaría; que, les dijeron que podrían pensionarse a cualquier edad, recibirían unos rendimientos, y en caso de fallecimiento los hijos mayores podrían recibir la pensión, además que, la alianza entre PORVENIR y la organización para la cual trabajaba, sería muy beneficiosa; que, luego de la reunión firmó el formulario; que, en septiembre de 1994, no le explicaron en qué consistían los aportes voluntarios, pero que, luego debido a que recibe un salario denominado “*compensado*”, fue incluido en el fondo de pensiones voluntarias; que, al momento de suscribir el formulario, no le explicaron cómo se financiaría la pensión de vejez con PORVENIR S.A., tampoco le indicaron las diferencias entre uno y otro régimen pensional, ni le hablaron de qué trataba el bono pensional; que, recibió extractos, pero no los revisaba; que, al momento de su traslado, no realizó preguntas, porque confió en el criterio de su empleador y la AFP PORVENIR; que, para el 2017, su empleador le entregó un estudio pensional, en el que advirtió una diferencia marcada entre lo que podría recibir como mesada pensional en PORVENIR, frente a lo que le hubiese correspondido en COLPENSIONES; que, PORVENIR S.A., no lo contactó antes de los 52 años para brindarle ninguna reasesoría.

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

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

De ahí que, existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el actor, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 13 de septiembre de 1994, con efectividad a partir del 01 de octubre de 1994, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

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.

Los anteriores argumentos conducen a la Sala, a confirmar la sentencia consultada.

Sin Costas en la alzada ante su no causación. 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 11 de abril de 2023 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JUAN CARLOS BASTO RUBIO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 013 2020 00462 01 DE JUAN CARLOS BASTO RUBIO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor BASTO RUBIO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi salvamento.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105005202100488-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de Colpensiones, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el veinticinco (25) de agosto de 2023 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GERMAN ARTURO MELENDEZ ACUÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

ANTECEDENTES

German Arturo Meléndez Acuña, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que se declare la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS efectuada a través de PORVENIR con fecha de efectividad de mayo de 1999 ante la omisión al deber de información, condenar a PORVENIR a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos como; cotizaciones, bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado, condenar a COLPENSIONES a recibir al demandante como afiliado y actualizar la historia laboral, a los

principios ultra y extra petita, costas y gastos del proceso, de forma subsidiaria, declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos de la afiliación del demandante al RAIS a través de PORVENIR con fecha de efectividad el 1 de mayo de 1999 al no poderse predicar un consentimiento libre, voluntario e informado.

Los hechos con relevancia jurídica a que se contrae el informativo son los siguientes:

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que el demandante estuvo afiliado desde julio de 1978 hasta el 1 de abril de 1999 al ISS hoy COLPENSIONES, que PORVENIR afilio al demandante de manera efectiva en mayo de 1999, que para el momento de la afiliación no fue asesorado, que radico solicitud el 15 de abril de 2021 en COLPENSIONES solicitando el traslado y en esa misma fecha la entidad rechazo la solicitud, que en la actualidad se encuentra vinculado y cotizando a PORVENIR. (archivo 02DemandaAnexos.pdf)

Contestación 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 **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, propuso las excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (archivo 06PorvenirContestacion .pdf)

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, en su defensa 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 adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, innominada o genérica. (archivo 08ContestacionColpensiones .pdf)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el veinticinco (25) de agosto de 2022 por el Juzgado Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, declaro la ineficacia del traslado del RAIS realizado por el demandante a través de PORVENIR, ordeno a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES recibir los aportes procediendo a actualizar la historia laboral, costas a cargo de PORVENIR. (archivo 19ActaAudiencia..pdf)

Del recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de la demandada COLPENSIONES, presento recurso de apelación, en los siguientes términos: solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, la entidad no tuvo injerencia alguna al momento del traslado de régimen del demandante, no es lógico que en cualquier tiempo se solicite la nulidad y/o ineficacia, máxime, cuando ya se encuentran próximamente a adquirir el derecho pensional, de confirmarse, debe ser trasladados no solo aportes y rendimientos financieros, también, gastos de administración, seguros previsionales, para garantizar el financiamiento de las pensiones, aunado a ello se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que la entidad no podría ser favorecida, ni perjudicada.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Una vez corrido el traslado correspondiente la apoderada de COLPENSIONES reitera que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia, para lo cual, debe tenerse en cuenta el derecho que tienen los afiliados para escoger régimen, que se de aplicación a los principios de confianza legítima, legalidad y debido proceso, ya que lo importante, es que exista correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado, de modo que no quede duda del deseo del trabajador de pertenecer al régimen pensional determinado, refiere, la posesión de la prueba en una de las partes, la existencia de circunstancias técnicas especiales, por su parte, PORVENIR propone como razones jurídicas y fácticas; la ineficacia del traslado, el derecho de retracto, el derecho a la libre escogencia, la acreditación del deber de información a cargo de PORVENIR, la imposición de cargas probatorias inexistentes, el deber de realizar análisis crítico y en conjunto de las pruebas en cada caso, la diferencia legal de la ineficacia y la nulidad de los actos jurídicos y sus efectos, línea jurisprudencial de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la inexistencia del acto jurídico de traslado pensional, de la buena o mala fe de las partes en las restituciones mutuas, de la indexación de las condenas impuestas, por

último, el demandante reitera el criterio de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en estos casos, también relata lo correspondiente al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – necesidad de un consentimiento informado, de la carga de la prueba e inversión a favor del afiliado.

CONSIDERACIONES

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

Problema Jurídico:

De acuerdo con lo previsto la sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la información brindada, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información suministrada y la aceptación del traslado de régimen y **iii)** si Porvenir S.A. están obligada a la devolución de los gastos de administración y demás sumas deducidas por causa de la afiliación realizada. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Asimismo, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a los aspectos no apelados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., en tanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA – ART. 6° DEL CPTSS

Se encuentra suplido este requisito con la solicitud radicada ante Colpensiones el 15 de abril de 2021 y su respuesta en la misma fecha, donde le fue negado la solicitud de nulidad del traslado del RPMPD al RAIS. (archivo 02Demanda.Anexos.pdf, fls. 49-50)

DE LA INEFICACIA 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 ineficacia 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 la sentencia con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011, 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 demandante.

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).

Mas adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapas acumulativas</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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 ineficacia del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado en el régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que, son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

En cuanto a **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 respecto de los hechos que ha puesto de presente no solo 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 diez (10) de mayo de 1959 (archivo 02DemandaAnexos.pdf, fl. 48), ii) cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 17 de julio de 1978 al 30 de junio de 1999 un total de 413 semanas (carpetas 09ExpedienteAdministrativo .zip, HISTORIA LABORAL CC-19247632, archivo GRP-SCH-HL-66554443332211_2184-20220209110650.PDF), iii) que el dieciocho (18) de marzo de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde el 01 de mayo de 1999 (archivo 06PorvenirContestacion .pdf, fls. 91 y 93) administradora en la que actualmente se encuentra vinculado, según la historia laboral aportada por dicha AFP con 1.663 semanas (archivo 06PorvenirContestacion .pdf, fl. 147).

Entonces del material probatorio puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando Porvenir S.A. estaba obligado en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado al afiliado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, el fondo no logro demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor German Arturo Meléndez Acuña asesoría suficiente en cuanto a; las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, así como la eventual pérdida de beneficios pensionales. 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, por lo que resultaría ineficaz esta afiliación, máxime cuando el actuar comprende una conducta omisiva del fondo en el desconocimiento del principio de confianza legítima. Ineficacia que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con el estudio, en cuanto a la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal

consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades y demás como quiera que el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señala:

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

(...)

De modo que, **a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

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

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

(...)

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

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

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

incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

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

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

(...)

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

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada Porvenir S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP Porvenir S.A. el dieciocho (18) de marzo de 1999 con efectividad el 1 de mayo de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Del fenómeno de la prescripción

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en al ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y

sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para adicionar la sentencia apelada. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente por haberle sido desfavorable la alzada, las de primera instancia se confirman 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

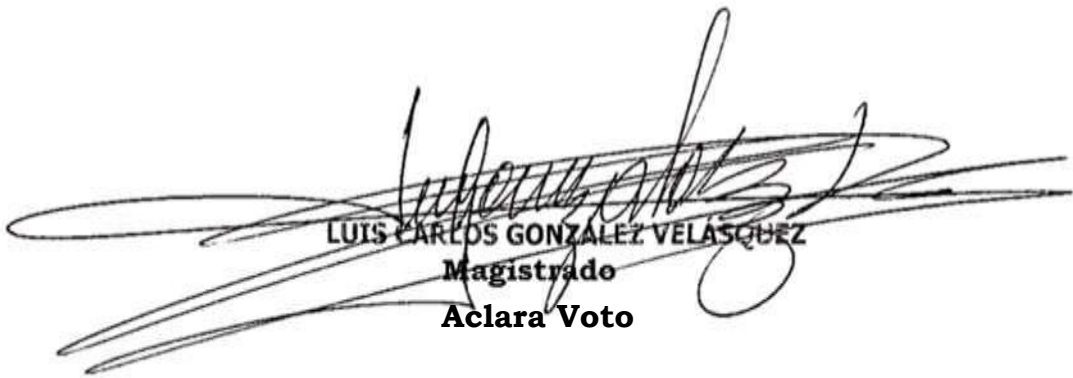
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el veinticinco (25) de agosto de 2023 por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de primera instancia, promovido por **GERMAN ARTURO MELENDEZ ACUÑA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **CONDENAR** a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los descuentos efectuados por gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexado conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. En todo lo demás se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la demandada Colpensiones, teniendo a cargo la suma de \$1.160.000.00 pesos, en favor de la parte demandante. Las de primera instancia se confirman, dadas las resultas del proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
Aclara Voto

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

ACLARACIÓN

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

**PROCESO ORDINARIO LABORAL No 05 2021 00488 01 DE GERMAN
ARTURO MELENDEZ ACUÑA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR**

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en este proveído.

En la sentencia de primera instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó MELENDEZ ACUÑA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió dar trámite al grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105036202100498-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 26 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GLORIA DIOSELINA VANOY SÁNCHEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

GLORIA DIOSELINA VANOY SÁNCHEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a aceptar la ineficacia de su vinculación al RAIS; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., autorizar su retorno al RPM, devolviendo a COLPENSIONES, el valor de los saldos y aportes pensionales consignados en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, cobros y gastos de administración; que, se condene a COLPENSIONES a recibirla en el RPM, como si nunca hubiera trasladado al RAIS; que, se condene a COLPENSIONES a “restablecer” el derecho pensional de acuerdo a lo establecido en la Ley 797 de 2003; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, a la presentación de la demanda, tenía 58 años de edad; que, prestó sus servicios en

diferentes entidades públicas y privadas desde el 21 de enero de 1985, haciendo aportes a través del régimen de Prima Media con Prestación Definida hasta enero de 2000 cuando se traslado al RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A.

Indicó que, el asesor comercial de la AFP, no tenía un amplio conocimiento en temas de Seguridad Social, por lo tanto, no le informó las diferencias entre uno y otro régimen pensional, ni los beneficios, ventajas, desventajas de cada uno de ellos, sin que haya manifestado por escrito su intención de trasladarse.

Refirió que, nunca le indicaron los eventuales riesgos de vincularse al RAIS, pues, no le suministraron la información idónea, consistente, veraz y objetiva, para asumir tal determinación; que, tampoco se le realizó una simulación o comparación del valor de la mesada pensional en el RPM y frente a la que le correspondería en el RAIS; que, COLPENSIONES, jamás desvirtuó la información dada por la AFP, respecto a su terminación definitiva, menos aún le comunicó la posibilidad de traslado.

Manifestó que, de permanecer en el RAIS, se vería afectada su calidad de vida, dignidad humana y mínimo vital, empobreciendo su poder adquisitivo, ya que, le correspondería en éste, una pensión equivalente al 60% de lo que recibiría en el RPM; además, se vería afectado su derecho a la libre escogencia, trasgrediendo su consentimiento pleno y libre determinación.

Que, cuenta con 1.400 semanas cotizadas, por lo que, el 29 de julio de 2021, le solicitó a COLPENSIONES, su afiliación al RPM y el reconocimiento de la pensión de vejez, derecho que le fue negado mediante comunicación de la misma fecha; que, el 13 de agosto de 2021, le solicitó a la AFP demandada, su desvinculación del RAIS, sin obtener respuesta alguna al respecto (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la Seguridad Social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la CP), buena fe de COLPENSIONES, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción,

aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivo 09).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de abril de 2023, el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de Afiliados a los Fondos de Pensión - SIAF y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas a la fecha de su pago; ordenó a COLPENSIONES, recibir e imputar a la historia laboral de la señora GLORIA DIOSELINA VANOY SÁNCHEZ, los recursos trasladados por la AFP PORVENIR S.A.; declaró no probada la excepción de prescripción; absolvió a COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, argumentó que, esa Administradora, en esta clase de procesos, sólo funge como un tercero de buena fe; advirtió que, la demandante, se encuentra válidamente afiliada a PORVENIR S.A., dado que, para la fecha de su traslado a esa AFP, se encontraba vigente el Decreto 663 de 1993, donde el único requisito exigido era la suscripción del formulario de afiliación, que no fue desconocido ni tachado por la actora; que, si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha determinado que todos los afiliados al Sistema General de Pensiones, deben recibir información adecuada y precisa sobre las características de cada régimen pensional, a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, también es cierto que ese deber de asesoría y buen consejo, para las Administradoras de pensiones ha evolucionado con el paso del tiempo y para el año 2000, fecha de traslado de la actora, no era dable exigir simulaciones o proyecciones pensionales, pues, las prestaciones que reconoce el RAIS, varían de acuerdo a los aportes de sus afiliados y las fluctuaciones del mercado; solicitó tener en cuenta que la oposición de COLPENSIONES, se sustenta en la prohibición legal de traslado de quien se

encuentra a portas de cumplir con los requisitos para adquirir una pensión en el régimen elegido y garantizar la sostenibilidad financiera; que, deben analizarse todas las particularidades del caso de la demandante, en especial su deseo de pertenecer al RAIS, lo cual ratificó con su permanencia en dicho régimen por más de 25 años, además que su deseo de retornar al RPM, sólo deviene en un asunto económico que no sería razón suficiente para que COLPENSIONES, debe asumir la carga prestacional que acarrearía su regreso a esa Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, solicitó revocar la totalidad de la sentencia apelada, advirtiendo que, en el presente proceso no existían razones ni fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia del traslado de la demandante, ya que, como se demostró con la documental y el interrogatorio de parte absuelto por la actora, ésta tenía plena conocimiento de su decisión de afiliarse a un fondo privado de pensiones, estuvo acompañada de un asesor comercial que le brindó la información necesaria para tomar una decisión que se ajustara a sus intereses; además que, conforme al formulario de afiliación, la actora, de manera libre y voluntaria suscribió éste, siendo prueba suficiente del cumplimiento por parte de esa AFP a su deber de información, sin que para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional no existía normatividad alguna que obligara a PORVENIR a guardar soporte documental de forma escrita, por lo que, basta con el formulario de afiliación y la información verbal que en efecto se le brindó a la actora; que, de confirmarse la decisión apelada, en relación con la devolución de los emolumentos, no debe condenarse al reintegro de los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al Fondo Nacional de Garantías de forma indexada, los primeros, por ser descuentos que realiza el Fondo por su servicio prestado y no podría retrotraerse; que, las sumas de seguros previsionales, se descontaron por mandato legal y para cubrir las contingencias de invalidez y muerte en debida forma y ya no están en patrimonio de PORVENIR, pues, fueron cancelados a un tercero; que, tampoco procede el pago de la indexación, ya que, debido a su gestión, la AFP, a obtenido unos rendimientos financieros, cuya devolución también fue ordenada, por lo que, la pérdida del valor adquisitivo del dinero, ya se encuentra compensada con estos y de acceder a la devolución de los rendimientos y la indexación se estaría imponiendo una doble sanción por un mismo hecho, además de constituir un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES; también solicitó que se revoque la condena en costas, al haber demostrado en el proceso que la AFP PORVENIR S.A., siempre obró de buena fe, brindándole la información necesaria acorde a la normatividad vigente para la época.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la AFP PORVENIR S.A., ratificó los argumentos expuestos en su recurso de apelación, insistiendo en que se debe revocar la decisión de Primer Grado y negar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS y su consecuente retorno al RPM, pues, esa Administradora, cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información

atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, no exigían una información en los términos que reclamados en la demanda y argumentados en el fallo apelado, en la medida que solo fueron impuestos de forma tan rigurosa con mucha posterioridad en observancia a la falta de diligencia empleada por los mismos afiliados quienes han confesado *i)* no requerir NUNCA a las AFP para la absolución de las dudas y conceptos propios del régimen de su escogencia, como *ii)* tampoco leer con detenimiento y cuidado los documentos que suscriben vinculando su derecho pensional, lo anterior, máxime si se tiene en cuenta que la actora admitió nunca haberse acercado ante la AFP.

Por su parte, la demandante, solicitó confirmar la sentencia apelada, pues, como quedó demostrado en el curso del proceso, al AFP PORVENIR S.A., no le suministro información, en donde se estableciera claramente los comparativos de las eventuales mesadas pensionales entre uno y otro régimen, tampoco se le indicó que sus aportes pensionales o su eventual mesada pensional podría disminuir o afectarse si el fondo pensional presentaba perdidas; además no se le indicó que su pensión no se media por el valor de su salario sino por los valores que tuviera ahorrado, brillando por su ausencia, la obligación recientemente impuesta a las AFP de la doble asesoría, por lo que, fue inducida en un error que vicia su consentimiento y genera la consecuente nulidad de dicho traslado, por la omisión o defectuosa información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; y *vi)* si debe o no imponerse condena en costas a la AFP PORVENIR S.A.

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

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

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

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993,	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar

	<i>modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003</i> <i>Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal</i>	<i>a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales</i>
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, formulario radicado por la demandante, ante COLPENSIONES, el 29 de julio de 2021, solicitando su retorno al RPM, con la respuesta negativa emitida por esa Administradora, por encontrarse a 10 años o menos del requisito de tiempo para pensionarse; petición también del 29 de julio de 2021, presentada en COLPENSIONES, para el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la actora; derecho de petición

del 13 de agosto de 2021, solicitando a PORVENIR S.A, el retiro de GLORIA DIOSELINA VANOY SÁNCHEZ, del RAIS y la correspondiente respuesta de esa AFP, advirtiendo que, jurídicamente no es procedente dicha solicitud por encontrarse imposibilitada por la edad, para retornar al RPM y estar válidamente vinculada con esa Administradora; historia laboral consolidada de la AFP PORVENIR S.A., donde consta que a mayo de 2020 la actora, tenía cotizadas 1.373 semanas, de las cuales 455 lo fueron al RPM y 918 en el RAIS; reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, del 21 de enero de 1985 al 31 de diciembre de 2000; copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nacida el 11 de agosto de 1963 (Archivo 01); comunicación de COLPENSIONES, del 29 de julio de 2021, que niega la prestación pensional solicitada por la actora, por encontrarse afiliada a la AFP PORVENIR S.A., quien debe tramitar dicha petición (Archivo 07); formulario de traslado de régimen, suscrito el 16 de noviembre de 2000; certificación de afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., desde el 01 de enero de 2001; relación histórica de movimientos y aportes a la cuenta de ahorro individual de la actora; historia laboral valida para bono pensional; consulta SIAF (Archivo 09); y, expediente administrativo de COLPENSIONES (Archivo 11).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, siempre ha trabajado con Entidades Públicas, entonces hacia el año 2001, la llamaron a trabajar a la Secretaría de Salud de Bogotá y cuando se encontraba firmando los documentos de vinculación, en un cubículo, la abordó un asesor de la AFP PORVENIR S.A., quien dijo que tenían que firmar un documento, porque no podía seguir con COLPENSIONES, antes Seguro Social, ya que éste se iba a acabar y no tendría asegurado un futuro pensional, haciéndole varias propuestas, que, por el paso del tiempo ya no recuerda, pero que, en su afán de trabajar, ella firmó sin recibir ninguna información relacionada con los regímenes pensionales, lo que era una cuenta de ahorro individual, nada acerca de la opción de retracto; que, ha recibido extractos, pero no los verificaba porque *“yo lo que necesitaba era mi platica”*; que, cuando cumplió con la edad para pensionarse, se acercó a una oficina de PORVENIR, y le informaron que su mesada sería equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente; dijo desconocer si había un límite para regresar a COLPENSIONES.

Así las cosas, contrario a lo manifestado por las recurrentes, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora GLORIA DIOSELINA VANOY SÁNCHEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada,

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

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

En relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPM con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, así como en los parámetros fijados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que sí permitiría admitir dicho argumento.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Provenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha

situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

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

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

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

(...)

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

Ahora, en cuanto a la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en

que se impartió dicha orden, habrá de aclararse el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJ SL1688-2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Finalmente, respecto a la inconformidad de la demandada AFP PORVENIR S.A., en cuanto a la condena en costas, habida cuenta que éstas se imponen a la parte vencida en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que los argumentos en los que fincan su inconformidad, no encuentran soporte ni legal ni fáctico para que se releven de su pago, dado que la sentencia de Primera Instancia, fue adversa a sus intereses, no habiendo lugar a revocar la condena por este concepto; además, no le corresponde a esta Instancia pronunciarse respecto al valor de las agencias en derecho fijadas por el Juez de Primer Grado, ya que, de acuerdo a lo señalado en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, éstas *“solo podrán controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas”*; decisión que se profiere en Primera Instancia, siendo allí, donde a través de los recursos de ley, la recurrente deberá manifestar las inconformidades que tenga al respecto, en aras de garantizar el principio de la doble instancia.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para disponer la confirmación de la sentencia recurrida.

Costas en esta Instancia a cargo de las recurrentes por haberle sido desfavorable la alzada. 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: ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 26 de abril de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00., a cargo de cada una de las recurrentes y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



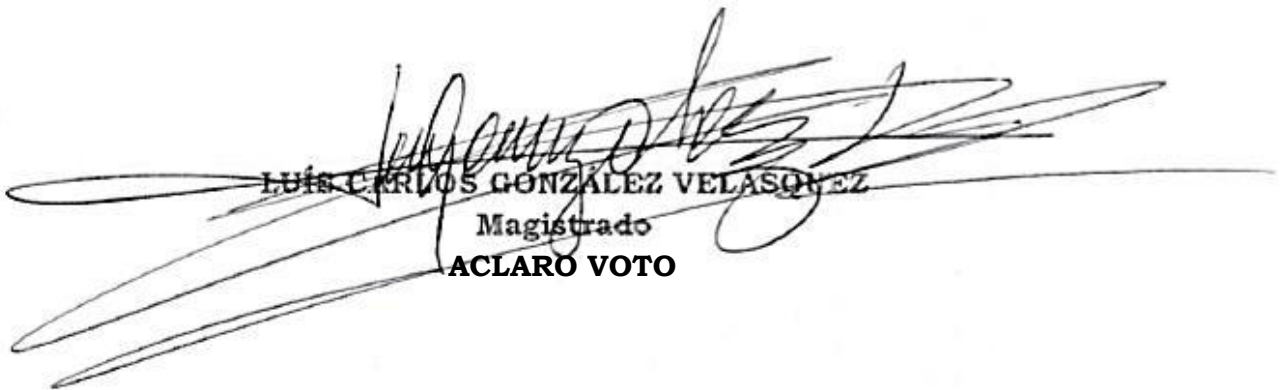
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 036 2021 00498 01 DE GLORIA DIOSELINA VANOY SPANCHEZ CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora VANOY SÁNCHEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105033202100576-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 01 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **PATRICIA RUEDA BILBAO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

PATRICIA RUEDA BILBAO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS; y que, para todos los efectos legales y pensionales, siempre estuvo vinculada al RPM; que, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, por concepto de aportes, rendimientos financieros y gastos de administración; que, se condene a COLPENSIONES, a reconocer y pagar, la pensión de vejez, desde la fecha en que cumplió los requisitos de edad y semanas cotizadas, junto con el correspondiente retroactivo, desde dicha fecha y hasta que se haga efectivo su pago; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, de julio de 1982 a julio de 1983, trabajó para el Centro Médico # 28 Bello Horizonte de la Secretaría de Salud de Bogotá; que, desde 1985 y hasta 1987, prestó sus servicios de manera simultánea para el ISS Centro de Atención Básica de Villa Colombia – Cali y para CAJANAL, en una Clínica, también ubicada en la ciudad de Cali; que, de 1987 a 19888, trabajó para Puertos de Colombia; que, de 1991 a 1992 laboró y cotizó para CAJANAL; y que, estando al servicio del Hospital Occidental de Kennedy, a partir del 21 de diciembre de 1995, comenzó a cotizar para el Seguro Social.

Indicó que, el 30 de septiembre de 1999, con fecha efectiva a partir del 01 de octubre de 1999, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a PORVENIR S.A., cuando dentro de las masivas campañas realizadas por los fondos de ahorro individual, fue abordada por un promotor de esa AFP, quien la convenció de realizar el traslado de régimen pensional, aduciendo que tendría, entre otras cosas, una pensión con un monto superior a la que recibiría en el ISS, además que, el Instituto de Seguros Sociales, se iba a acabar y que iba a perder total o parcialmente sus cotizaciones realizadas hasta entonces, sin que le explicaran las condiciones y repercusiones del traslado de régimen pensional; que, no se le hizo una proyección pensional para identificar las ventajas y desventajas de su traslado de régimen pensional, incumpliendo esa Administradora, con el deber legal que tenían de proporcionarle información veraz, completa y comprensible respecto a las consecuencias negativas que tendría con el traslado al RAIS, especialmente en lo relacionado con el monto de su mesada pensional.

Manifestó que, al momento de su traslado al RAIS, no le entregaron el manual o reglamento de PORVENIR S.A., no se le informó la posibilidad de retractarse de su decisión y retornar al RPM, ni recibió del ISS o COLPENSIONES, asesoría para comprender a profundidad las consecuencias de su decisión; que, el 11 de agosto de 2021, le solicitó a PORVENIR S.A., copia de todos su expediente y una proyección de la posible mesada pensional, la cual según le informó esa AFP, de seguir cotizando hasta los 65 años, ascendería \$3.358.300, mientras que en COLPENSIONES, ya estaría pensionada y con un valor superior; que, el 03 de noviembre de 2018, le reclamó a COLPENSIONES, su retorno al RPM, obteniendo respuesta negativa al respecto (Archivo 02).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (Archivo 05).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (Archivo 06).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de marzo de 2023, el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado al RAIS y de la afiliación realizada a la señora PATRICIA RUEDA BILBAO, a la AFP PORVENIR S.A., el 27 de agosto de 1999; declaró que la demandante, actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES; le ordenó a PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de PATRICIA RUEDA BILBAO a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar; ordenó a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de la actora e integrar en su totalidad la historia laboral; condenó a PORVENIR S.A., a transferir a COLPENSIONES, las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, indicando que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

También, conminó el *a quo*, a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración de ineficacia; declaró que, PATRICIA RUEDA BILBAO cumple con los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003 para la pensión de vejez, por lo tanto, causó el derecho a la misma; le ordenó a COLPENSIONES que una vez reciba los fondos que componen la cuenta individual de ahorro de la demandante proveniente de la AFP PORVENIR S.A., le reconozca la pensión de vejez, estableciendo IBL, tasa de reemplazo y primera mesada pensional, desde el momento en que se cumplió el requisito de densidad de semanas mínimas exigidas por la Ley 100 de 1993 y se acredite novedad de retiro; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a las demandadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La demandante, se opuso parcialmente a la sentencia de Primer Grado, en cuanto le negó el reconocimiento de la pensión de vejez, junto con su retroactivo pensional o el valor correspondiente a éste, a título de indemnización, ante cualquier impedimento legal para su liquidación, la que, sí fue solicitada en la demanda, y en todo caso, puede conceder el Juez Laboral en uso de sus facultades ultra y extra petita, al haberse demostrado el daño causado a la actora, por el incumplimiento del deber de información.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, su apelación también es parcial, y sólo respecto de la indexación de las sumas a retornar a COLPENSIONES, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP, está la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, es por lo que, resulta incompatible y excluyente, tal actualización, pues, los recursos de la cuenta individual de la demandante, no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación, generando rendimientos muy superiores a los que garantiza el RPM, por tanto, imponer esta condena, implica una doble sanción para la AFP.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, solicitó revocar la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la actora, pues, para 1999, la Ley 100 de 1993, establecía que la voluntad libre, suficiente e informada, de cada afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación; que, no se puede imponer a las AFP, cargas probatorias que hasta antes del año 2006, no tenía, como dejar constancia escrita del consentimiento libre e informado de sus afiliados; dijo que, el *a quo*, hizo una interpretación errónea del artículo 1604 del CC, quedando demostrado que la actora, no desplegó ninguna actividad para probar la supuesta fuerza o dolo al momento de su afiliación al RAIS; que, la demandante, ha permanecido en el RAIS, por más de 23 años, por lo que, la decisión apelada, lesiona los intereses de COLPENSIONES, en relación con el equilibrio y sostenibilidad financiera del Sistema pensional, pues, los recursos que recibe esa Administradora, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo; que, de llegarse a confirmar la decisión, se revoque la condena al pago de costas, al no haber tenido injerencia alguna en el traslado de la actora y es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la señora Patricia Rueda y la AFP PORVENIR.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la demandante, insistió en que se debe confirmar parcialmente la sentencia apelada, en relación con la declaración de ineficacia del traslado, no así respecto de la pensión de vejez, que debe concederse en los

términos solicitados, pues, cumple con los requisitos de edad y semanas cotizadas para el reconocimiento de este derecho, con su retroactivo.

La AFP PORVENIR S.A., alegó que, dentro del curso del proceso, no se probaron, los eventos previstos en el artículo 1741 del CC, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado de la demandante, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

COLPENSIONES, insistió en que debe revocarse la sentencia apelada, pues, la actora, está incurso en la prohibición de retornar al RPM cuando le faltan 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; que, no se demostró ningún vicio del consentimiento, siendo carga probatoria de la demandante, demostrar el incumplimiento de la AFP del deber de información, el que para la fecha de traslado de la demandante, sólo se materializaba con la suscripción del formulario de afiliación; que, la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por las partes, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por la AFP PORVENIR S.A.; *iii)* si la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *iv)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados; *v)* si procede el reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la actora, con el correspondiente retroactivo pensional; y, *vi)* si debe o no imponerse condena en costas a COLPENSIONES.

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

La Seguridad Social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que

encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos regímenes 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.

En cuanto a los requisitos para el traslado del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece **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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

	información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **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.

Al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nacida el 03 de marzo de 1957; derecho de petición presentado ante la AFP PORVENIR S.A., con su correspondiente respuesta; extracto del Fondo de Pensión Obligatorio de la demandante en PORVENIR, donde consta que al 09 de julio de 2021, tenía 1.337 semanas cotizadas, de las cuales 223 lo fueron al RPM y 1114 al RAIS; relación de aportes y movimientos de la cuenta individual de la actora, en PORVENIR S.A.; historia laboral consolidada; solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorios Porvenir, de fecha 17 de agosto de 1999; reclamación administrativa radicada en COLPENSIONES y su contestación; reporte de semanas cotizadas por Patricia Rueda Bilbao en

COLPENSIONES; autorizaciones de la demandante, desde 2017 y hasta 2020, para adelantar trámites ante COLPENSIONES, tendientes a obtener la corrección de su historia laboral y su afiliación al RPM, con las respuestas de esa Administradora; consulta SIAF; certificación de afiliación de la demandante a PORVENIR S.A., con fecha de efectividad 01 de octubre de 1999; relación de salarios emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda; certificados electrónicos de tiempos laborados – CETIL (Archivos 02, 05, 17 a 19).

También absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 1999, cuando trabajaba en el Hospital Occidente de Kennedy, llegó un asesor de PORVENIR S.A., que iba casi todos los meses y fue insistente en que los trabajadores se trasladaran a PORVENIR, porque el Seguro Social, se iba a acabar, que, en la AFP, se podrían pensionar más jóvenes que en el ISS y que podrían ganar ciertos rendimientos, pero nunca le hablaron de cuál sería el valor de su pensión de vejez; que, de todos sus compañeros, ella fue la última en trasladarse y la única que no pudo regresar a COLPENSIONES; que, la reunión era general, de 5 a 10 minutos, les daban una charla y después firmaban los que se quisieran pasar; que, el asesor nunca le habló de la creación de una cuenta de ahorro individual, tampoco de las diferencias de uno y otro régimen pensional, ni la forma en que podría pensionarse en menor tiempo, pues, de haberlo conocido, no se hubiese pasado a PORVENIR; que, *“nunca me explicaron absolutamente nada”*; que, ella firmó el formulario, pero ni siquiera le entregaron una copia de éste; que, le solicitó a COLPENSIONES su traslado al RPM, pero se lo negaron por estar a 9 años y 10 meses para pensionarse, entonces fue a PORVENIR y ahí se enteró del valor con el que podría pensionarse, que era muy bajito, y, como acababa de salir de una cirugía de columna, quedando con una limitación física, le recomendaron pensionarse por invalidez, pero PORVENIR la calificó con un 33%; que, cuando fue a reclamar su calificación, en la sede de PORVENIR en la Calle 116, el director de esa oficina, le dijo que había estado muy mal asesorada; que, nunca realizó aportes voluntarios; que, ha recibido extractos de PORVENIR, y unas comunicaciones relacionadas con el bono pensional, que, no les autoriza esperando su regreso a COLPENSIONES; que, nunca antes de los 45 o 46 años fue invitada a una reasesoría para saber su condición pensional; que, antes del 2019, no había intentado regresar a COLPENSIONES, porque no sabía las condiciones reales de su situación pensional en PORVENIR, sin embargo, un compañero de trabajo le dijo que debían regresar al RPM, por las fallas que habían tenía con las Administradoras Privadas; que, a la fecha sigue trabajando como empleada pública del Hospital de Kennedy, por lo que, sigue aportando a pensión y salud.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso haberle proporcionado a la actora, información alguna durante su afiliación y menos aún en el transcurso de los años en que ha permanecido afiliada a esa Administradora, en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la

aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente el *a quo*, impuso esta orden únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008,

rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada AFP PORVENIR S.A. enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante a la AFP PORVENIR S.A., 27 de agosto de 1999 con efectividad el 01 de octubre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

DEL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ A FAVOR DE LA DEMANDANTE Y A CARGO DE COLPENSIONES

Alega la parte demandante, que, el Juez de Primera Instancia, no reconoció, ni ordenó el pago de la pensión de vejez, a favor de la actora, con el correspondiente retroactivo pensional, desde el momento en que cumplió los requisitos de edad y semanas cotizadas; argumento que no comparte esta Sala, pues, como se advierte en el ordinal octavo de la parte resolutive de la sentencia objeto de alzada, el Juez de Primer Grado, le ordenó a COLPENSIONES, reconocer la pensión de invalidez *“una vez reciba los fondos que componen la cuenta individual de ahorro de la demandante”*, esto teniendo en cuenta que la señora PATRICIA RUEDA BILBAO, reúne los requisitos exigidos por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para acceder a este derecho, pues, nació el 03 de marzo de 1957, por lo que cumplió 57 años de edad el mismo día y mes del año 2014; y, en cuanto a las semanas exigidas por la norma, la demandante, cuenta con más de 1.300 semanas cotizadas, como trabajadora del sector público, tanto en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a través del ISS hoy COLPENSIONES y Cajas de Previsión Social, como en el RAIS.

Ahora bien, si la inconformidad de la parte demandante, radica en la falta de concreción de la condena, basta señalar que hasta el momento, la señora RUEDA BILBAO, no cuenta con fecha de retiro, según se avizora del reporte de semanas cotizadas al Fondo de pensiones obligatorio de PORVENIR S.A., de conformidad con lo preceptuado en el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, el cual fue aprobado por el Decreto 758 de esa anualidad, de ahí que, no es posible inferir con total certeza que ya no esté realizando cotizaciones y se haya retirado del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones.

Razón por la que, la prestación y el posible retroactivo causado quedaron supeditados a que se cumpla con este requisito, es decir, el retiro efectivo; tal como lo indico el *a quo*, hasta tanto, no se verifique el retiro del sistema. Ahora bien, cabe precisar que en el momento en que la entidad pública haya recibido los conceptos ordenados en la sentencia de Primer Grado, deberá determinar el

monto de la mesada pensional con el IBL de los últimos 10 años o todo el tiempo cotizado, según le resulte más favorable al afiliado, de acuerdo a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, junto con los reajustes de ley y mesadas adicionales. Respecto a la posible indemnización reclamada por los daños causados por la AFP PORVENIR S.A., por su incumplimiento en el deber de información, tal como lo indicó el Juez de Instancia, esta petición no hizo parte de las pretensiones de la demanda, ni fue de objeto del Litigio.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide COLPENSIONES, sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por la demandante y las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.

Costas en esta Instancia, a cargo de las recurrentes, por haberles sido desfavorable la alzada. 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 01 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **PATRICIA RUEDA BILBAO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandante y las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho a cargo de la demandante la suma de \$580.000 y a cargo de cada una de las demandadas por \$1.160.000.00. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

SALVO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

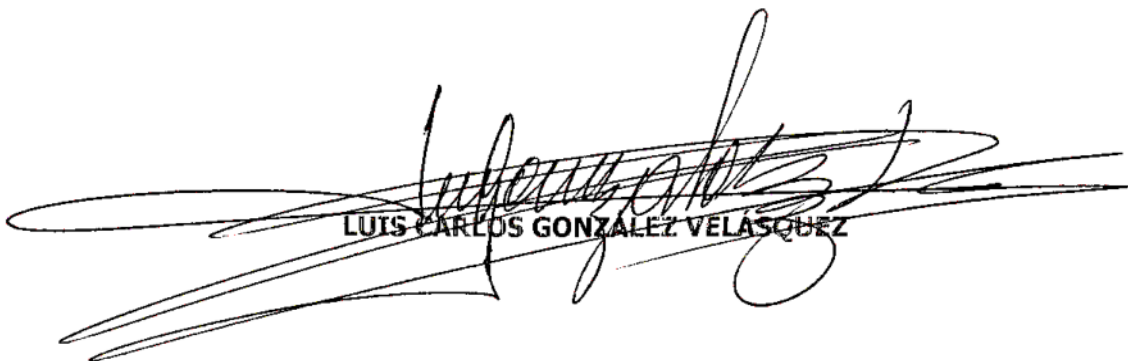
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 033 2021 00576 01 DE PATRICIA RUEDA BILBAO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora RUEDA BILBAO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta, ni resolverse el reconocimiento del derecho a la pensión de vejez.

Bajo estas consideraciones dejo sentado mi salvamento.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
Proceso: 110013105004202100586-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y las demandadas AFP PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ÁLVARO MORENO TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

ÁLVARO MORENO TORRES, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare que las AFP demandadas, incumplieron su deber legal de información y, por ende, su afiliación al RAIS, es ineficaz, así como su afiliación a las distintas Administradoras de ese régimen; que, se condene a PORVENIR S.A., PROTECCION S.A. y SKANDIA S.A., a registrar en su sistema de información que su afiliación es ineficaz; que, se condene a PROTECCION S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital de su

cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento; que, se condene a COLPENSIONES, activar su afiliación en pensión y recibir la totalidad de los aportes trasladados desde el RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita, las cosas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, se afilió a pensión, a través del RPM hasta mayo de 1998, cuando se traslado al RAIS, a través de la AFP COLPATRIA S.A.; que, luego se cambió a SKANDIA S.A., en noviembre de 2009; que, en julio de 2010, pasó a PORVENIR S.A. y actualmente sus aportes a pensión se encuentran en PROTECCIÓN S.A.

Refirió que, ni al momento de su traslado inicial, ni durante los cambios de administradoras del RAIS, le fueron explicadas por las demandadas, las diferencias entre uno y otro régimen pensional, ni le hablaron de sus ventajas y desventajas de estos regímenes, no le informaron que la pensión de vejez estaría supeditada a un capital, que se vería afectado por las ganancias o pérdidas que éste pudiera generar; tampoco le indicaron que se harían descuentos de sus cotizaciones por gastos de administración.

Dijo que, PROTECCIÓN S.A., no lo contactó para brindarle una reasesoría antes de los 47 años de edad; que, según le informó esa AFP, su pesada pensional en el RAIS, podría ser de \$1.443.358, mientras que, en RPM, ascendería aproximadamente a \$7.808.434; que, les solicitó a las demandadas, la nulidad de su afiliación al RAIS y su retorno al RPM, sin obtener una respuesta favorable al respecto (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y PROTECCIÓN S.A. y., 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

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, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 DE 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta

de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (Archivo 07).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivos 09 y 12).

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., alegó en su defensa las excepciones denominadas cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. Adicionalmente, llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha Aseguradora, vigentes de 2009 a 2018, el cual fue admitido por auto del 13 de diciembre de 2022 (Archivos 17 y 23).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, manifestó como excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto y la innominada o genérica (Archivo 24).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la pretensión del llamamiento en garantía, encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pues su único objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo la aseguradora debe asumir “*el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente*”; aceptó la mayoría de los hechos de llamamiento y formuló las excepciones de frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP

SKANDIA carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.”, “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás que resulten probadas y puedan declararse oficiosamente (Archivo 14).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de febrero de 2023, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación de ALVARO MORENO TORRES a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, realizada en el año 1998; declaró que, para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y, por tanto, siempre permaneció en el RPM; condenó a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, las sumas percibidas por concepto aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante, permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; también, condenó a la AFP PORVENIR Y SKANDIA a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora.

Igualmente, ordenó el *a quo*, a COLPENSIONES, aceptar sin dilación alguna, el traslado del demandante al RPM, con sus correspondientes aportes; declaró no probadas las excepciones propuestas; declaró probada la excepción de mérito propuesta por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., denominada Mapfre no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamada en garantía a efectuar la devolución de las primas, y de ningún otro valor que corresponda contraprestación del seguro, porque ya fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; condenó en costas a la AFP POVERNIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA S.A., esta última respecto del proceso principal y por el llamamiento en garantía.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **AFP PORVENIR S.A.**, solicitó revocar en su integridad la sentencia de Primer Grado, porque la línea jurisprudencial determinada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en materia de ineficacia del traslado de regimen pensional, no puede aplicarse de manera generalizada y homogénea, pues, debe haber similitud en las condiciones fácticas de cada caso, lo que no se cumple en este asunto donde el traslado efectuado por el actor, es completamente válido, ya que, se produjo de manera libre voluntaria y consciente, cumpliendo con la normatividad vigente para la fecha en que se cumplió con dicho acto jurídico; que, con los distintos traslados horizontales realizados por el demandante y lo dicho en el interrogatorio de parte, respecto a su interés en el cambio de administradora motivado por obtener mayores rendimientos, se evidenció que era conocedor de las características y condiciones del RAIS; que, sin desconocer el deber de información que le asiste a las AFP, el demandante, también estaba en la obligación de indagar por las implicaciones que tendría su traslado de régimen pensional, como el único conocedor de su situación particular y concreta, así como de sus propias expectativas laborales y pensionales, que le permiten acceder a un mejor derecho pensional; que, la devolución de los gastos de administración, resulta inequitativo, al despojarse a la AFP, de unas sumas que fueron legalmente causadas, por su correcta actividad administradora, durante el tiempo que el actor, estuvo vinculado a PORVENIR y causando los rendimientos que incrementaron notoriamente el saldo de su cuenta individual; que, en cuanto a los valores para cubrir los seguros de invalidez y sobrevivencia, esos dineros ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras, que en su momento fueron contratadas y que le dieron cobertura al actor, durante su afiliación por esos riesgos; que, los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, no son recursos destinados al pago de un derecho pensional; que, la indexación no es procedente, pues, se generaron rendimientos financieros, que cubren cualquier suma adicional y compensarían la depreciación de la moneda.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás conceptos de manera indexada; pidió, revocar la decisión que absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues, esa aseguradora, tiene una responsabilidad con quien lo contrató; y que, no procede condena en costas, pues, SKANDIA, no tuvo injerencia en la decisión del traslado inicial del actor.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó que, debe tenerse en cuenta el tema de la inversión de la carga de prueba, que no puede recaer únicamente en las AFP, pues, el demandante, contaba con los medios y capacidades para entender que era lo que estaba

firmando, no se trata entonces de la parte débil del proceso, porque se encontraba en condiciones para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera; que todas las acciones de COLPENSIONES, están revestidas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente al actor, se basa única y exclusivamente en el cumplimiento de un deber legal; que, la declaratoria de ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y pone en peligro el derecho a la Seguridad Social de los demás afiliados, porque el demandante, ya cumplió con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse de los aportes de los demás afiliados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, solicitó denegar todas las pretensiones de la demanda, esto, porque la nulidad del traslado de régimen fue una decisión única y exclusiva del afiliado, tomada de manera libre y voluntaria, sin que se haya logrado demostrar con suficiencia que adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento, pues no hubo una amenaza o una presión palpables.

La AFP PORVENIR S.A., indicó que, en el presente caso no se cumple con ninguno de los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ni de su afiliación inicial a esa AFP.

SKANDIA S.A., insistió en que no resulta procedente la devolución de gastos de administración, que, además son susceptibles del fenómeno de la prescripción; y que, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. debe ser condenada a pagar las primas del seguro previsional.

El demandante, por su parte, pidió confirmar la decisión de Primera Instancia, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, las demandadas, no lograron acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora de este proceso, durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del

traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLPATRIA S.A hoy AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de COLPATRIA S.A.; *iii)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; *v)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; *vi)* si se debe condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; y *vii)* si procede la condena en costas impuesta a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

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

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

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

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

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la

compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema

de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **la carga de la prueba** le corresponde al fondo demandado, en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, cédula de ciudadanía del demandante, nacido el 07 de febrero de 1962; reporte de semanas cotizadas por el actor en COLPENSIONES, del 18 de febrero de 1988 al 31 de octubre de 1997; historia laboral de PROTECCIÓN S.A., donde al 01 de octubre de 2021, el señor MORENO TORRES, acredita 1.361,86 semanas, de las cuales 426,14 lo fueron al RPM, 691,43 en otras administradoras del RAIS y 224,29 en PROTECCIÓN; reclamaciones presentadas ante las demandadas, con sus correspondientes respuestas; formulario de afiliación al fondo de pensiones obligatorias SKANDIA de fecha 29 de septiembre de 2009; solicitud de afiliación y traslado al Fondo de Pensiones de COLPATRIA S.A., diligenciado el 15 de mayo de 1998; solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., del 01 de julio de 2010; consulta SIAF, con los movimientos del actor, en el Sistema General de Pensiones; certificado de afiliación y traslado de aportes expedido por PORVENIR S.A.; historia laboral consolidada de PORVENIR S.A.; relación de movimientos y aportes en la cuenta individual del demandante en PORVENIR S.A.; certificación de afiliación y traslado de aportes de SKANDIA S.A.; estado de cuenta en SKANDIA Fondo de pensiones obligatorias; reporte estado de cuenta PROTECCIÓN; solicitud vinculación Fondo de Pensiones Obligatorias PROTECCIÓN del 30 de agosto de 2016; carta de validación de asesoría realizada por PROTECCIÓN el 30 de agosto de 2016; historia laboral válida para bono pensional; expediente administrativo del actor en COLPENSIONES (Archivos 01, 7.1, 09, 23 y 24).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, para 1998, trabajaba en una pequeña empresa de sistemas, a donde llegó una comercial de COLPATRIA, quien les indicó que el Seguro Social como Entidad pública, que estaba en una situación muy complicada y próxima a liquidarse, por lo que, si permanecían allí podrían perder las semanas cotizadas; que, entonces la asesora, le ofreció trasladarse a COLPATRIA, donde conservaría sus semanas, diligenciaron un formulario, con sus datos básicos y él firmó; que, no le explicaron nada de la cuenta de ahorro individual, ni el capital necesario para acceder en el RAIS a la pensión de vejez, tampoco le mencionaron que podría acceder a la pensión de forma anticipada, ni a una garantía de pensión mínima o devolución de saldos; que, hizo varios cambios de Administradoras, porque los “vendedores” llegaban a su lugar de trabajo, y le ofrecían mejores condiciones en temas de rentabilidad, sin que nunca le hayan dicho las condiciones del RAIS, ni le mencionaran la posibilidad de retornar al RPM.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., demostró dentro del

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

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

También debe la Sala, aclarar que, el cambio de Administradora de Fondos de Pensiones, realizado por el demandante, a la AFP PORVENIR S.A., a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y a PROTECCIÓN S.A., no convalidaron el traslado inicial efectuado a la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., como se ha señalado en reiterados pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se*

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

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

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

del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

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

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

(...)

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

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

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

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

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros

y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

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

En relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente el *a quo*, impuso esta orden a la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Referente a lo manifestado por la recurrente SKANDIA S.A., del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere esa demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* (numeral 4° del artículo 2° del CPT y SS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede en este proceso resolverse sobre tal relación, con fundamento en lo anterior, se niega lo pretendido, incluso desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía se debe haber negado el mismo.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de

información cuando la AFP COLPATRIA S.A. hoy PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 15 de mayo de 1998, con efectividad el 01 de julio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la demandada SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las demandadas AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.

Costas en esta Instancia, a cargo de las recurrentes, por haberles sido desfavorable la alzada. 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 22 de febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **ÁLVARO MORENO TORRES** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** y **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

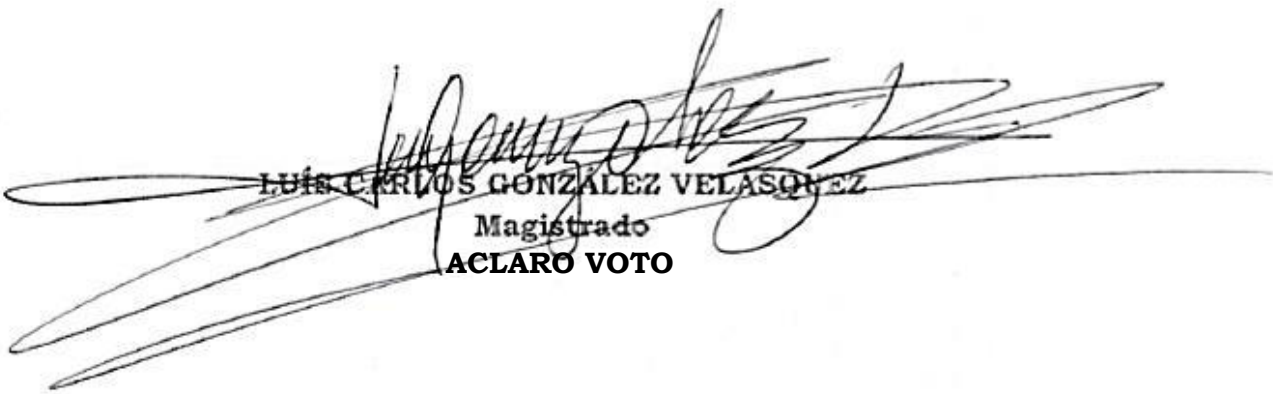
SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada una de ella y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 04 2021 00586 01 DE ÁLVARO MORENO TORRES CONTRA COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor MORENO TORRES al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105013202100591-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 24 de marzo de 2023, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA MARCELA PINILLA GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la vinculada al proceso como litisconsorte necesario **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

CLAUDIA MARCELA PINILLA GÓMEZ, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado al RAIS, y, por ende, de su afiliación a la AFP PORVENIR S.A.; que, se ordene a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, los aportes que se encuentren en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos e intereses, gastos de administración y seguros previsionales; que, se ordene a COLPENSIONES, a recibirla en el RPM e incluir en su historia laboral los periodos de tiempo trasladados del RAIS; que, se conceda lo ultra y extra petita.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 29 de octubre de 1964; que, cotizó al RPM 548 semanas hasta el año 2000,

cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación efectuada a la AFP PORVENIR S.A., cuando uno de los asesores de esa Administradora, se presentó en la empresa UPROTEL EU (SIEMENS), donde ella trabajaba, la abordó de manera individual y le dijo que, el fondo público era muy malo y a futuro no tendría recursos para responder por las pensiones de sus afiliados, mientras que, en esa AFP, podría pensionarse o retirar todo su dinero.

Explicó que, la reunión con el asesor de PORVENIR S.A., duró cerca de 20 minutos y finalizada, éste le ayudó a diligenciar el formulario, que ella sólo tuvo que firmar; que, en ningún momento se le suministró información sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales existentes, así como tampoco se le indicó la forma en la cual sería liquidado el monto de la mesada pensional en uno u otro régimen; que, nada se le dijo acerca de las consecuencias de su traslado, ni los tiempos o plazos en que podría pensionarse en el RPM, no se le enseñaron las distintas modalidades de pensiones en el RAIS; que, nada se le dijo respecto a la forma en que el capital ahorrado y su núcleo pensional podrían afectar el valor de su mesada pensional; que, menos aún se le aclaró la forma en que se distribuía la cotización, ni se le dio un valor aproximado de su mesada pensional.

Indicó que, el 14 de mayo de 2020, a través de su apoderada judicial, le solicitó a PORVENIR S.A., la anulación de su afiliación y la devolución de sus aportes al RPM; no obstante, en respuesta del 22 de mayo de 2020 se negó tal petición, advirtiéndole esa AFP, además que, de pensionarse a los 57 años recibiría una mesada de \$877.803 y a los 60 de \$1.299.000; que, también le solicitó a COLPENSIONES, gestionar su traslado al RPM, sin que a la presentación de la demanda, haya obtenido respuesta alguna al respecto; que, en marzo de 2020 radicó ante la Superintendencia Financiera solicitud de información respecto de la obligación de capacitación que recae sobre las administradoras de fondos de pensiones en virtud del artículo 15 del Decreto 720 de 1994, a lo que, ésta contestó que, sólo hasta el día 19 de octubre del año 2010 la AFP PORVENIR radicó ante dicha Superintendencia la comunicación 2010076155-000 con el respectivo programa de capacitación para sus promotores (Archivo 03).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES, la vinculada COLFONDOS S.A. y la AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no

debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás que resulten probadas y puedan ser declaradas de oficio por la Juez (Archivos 12 y 23).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍA, alegó en su defensa 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 (Archivo 16).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica (Archivo 19).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2023, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Claudia Marcela Pinilla Gómez a la AFP PORVENIR S.A., el 17 de abril del año 2000, y de contera el efectuado a COLFONDOS, el 29 de noviembre del año 2010, y nuevamente a PORVENIR el 1 de diciembre de 2011; condenó a PORVENIR y a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima; condenó a COLPENSIONES, a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas; y, condenó en costas a PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, el apoderado de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, de acuerdo al acervo probatorio, no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante, en razón a que existe una correspondencia entre voluntad y acción, es decir, que la realidad es un reflejo de lo que aparece firmado de tal manera que no existe duda de la voluntad de la actora, de querer pertenecer al RAIS; que, la actora, se encuentra dentro de la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y su retorno al RPM, atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema pensional, ya que, personas que no han contribuido al fondo común y que por ende, no han sido detenidas en cuenta dentro de los cálculos de futuras pensiones, conduce a desfinanciar el sistema.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la demandante, solicitó confirmar la sentencia de Primera Instancia, al haber quedado demostrado que PORVENIR S.A., faltó a su deber de información, dado que, al momento de la elección de Régimen, no le suministró suficientes elementos de juicio para que su consentimiento estuviera debidamente informado y motivado.

La AFP PORVENIR S.A., pese a no haber apelado la sentencia impugnada, pidió revocarla y absolver a esa Administradora de las pretensiones de la demanda, ya que, en el presente caso, no se cumple con ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, quien haciendo uso del derecho a la libre escogencia materializó su voluntad de traslado, con la suscripción del formulario de afiliación; que, PORVENIR S.A., acreditó el cumplimiento del deber de información, sin que puedan imponérsele cargas probatorias inexistentes para la fecha de vinculación de la actora, con esa AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de la AFP PORVENIR S.A.; *iii)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; y, *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el

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

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

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

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

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

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

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

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

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información,	Ley 1748 de 2014	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de

asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, nacida el 29 de octubre de 1964; historia laboral consolidada de la actora en la AFP PORVENIR S.A.; reclamaciones presentadas en PORVENIR y COLPENSIONES, con las correspondientes contestaciones de las demandadas; solicitudes de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias, administrado por PORVENIR S.A., del 17 de abril de 2000 y del 01 de diciembre de 2011; expediente administrativo de COLPENSIONES; formulario de vinculación o traslado a COLFONDOS S.A., diligenciado el 29 de noviembre de 2010; consulta SIAF, con el historial de vinculaciones de la demandante al Sistema General de Pensiones; historia laboral de COLFONDOS; historia laboral válida para bono pensional; certificación de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., desde el 01 de febrero de 2012; relación de movimientos y aportes a la cuenta de ahorro individual de la actora en PORVENIR S.A. (Archivos 03 a 07, 14, 16 y 18).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, en el año 2000, ella trabajaba en SIEMENS y allí llegaron asesores de PORVENIR S.A., que les ofrecieron cambiarse de régimen pensional, fue una reunión individual, de 15 o 20 minutos, en la que le dijeron que el Seguro Social, se iba a acabar y que, cuando llegara la edad de su jubilación, no iba poderse pensionar; que, le preguntaron por su tiempo de servicio en la empresa y su salario, y que lo mejor era retirarse del Seguro Social y pasarse al régimen

privado, donde sí iba a pensionarse o retirar todo el dinero; que, no le hablaron de lo que era una cuenta individual, ni como se financiaría su pensión con PORVENIR, tampoco le mencionaron el tema de los rendimientos financieros, si le dijeron que como había trabajado mucho tiempo en el Acueducto, debía pedir los aportes por ese tiempo; que, no le indicaron los requisitos para pensionarse con PORVENIR S.A., ni los que necesitaba para obtener una pensión en el RPM, no le explicaron las diferentes modalidades pensionales en el RAIS; que, en el 2018, se acercó a PORVENIR S.A., para saber si podía pensionarse o retirar el dinero como le habían dicho, pero lo informaron que no podía hacerlo, que debía esperar una edad y que, en caso de pensionarse recibiría un salario mínimo; que, recibe los extractos de PORVENIR, de los cuales entiende que tiene un dinero ahorrado al cual tiene derecho; que, no recuerda haber hablado en el 2010 con ningún asesor de COLFONDOS S.A., cree que, como para esa fecha cambió de empleo, en ese momento la afiliaron a esa Administradora y luego, le preguntaron que a dónde le gustaría tener sus aportes, y dijo que en PORVENIR, pero que, la única reunión que tuvo con asesores fue al momento de su traslado inicial en el año 2000.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, 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 MARCELA PINILLA GÓMEZ, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la demandante, de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena a la actora, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

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

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 17 de abril de 2000, con efectividad el 01 de junio de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

Los anteriores argumentos conducen a la Sala, a confirmar la sentencia consultada.

Costas en esta Instancia, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, a cargo de COLPENSIONES, por haberle sido desfavorable la alzada. 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 24 de marzo de 2023, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA MARCELA PINILLA GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.** y la vinculada como litisconsorte necesario **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de esa recurrente y a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 013 2021 00591 01 DE CLAUDIA MARCELA PINILLA GÓMEZ CONTRA COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora PINILLA GÓMEZ al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105001202000662-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados del demandante y las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la llamada en garantía **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, se declare que estuvo afiliado al RPM, administrado por el Instituto de Seguros Sociales, a partir de marzo de 1977 y hasta julio de 1999; que, se declare que se traslado al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., en agosto de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación a esa entidad privada, al ser inducido a error por parte del asesor de ese fondo privado y del representante de SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a donde se cambió en agosto de 2014; que, se declare la nulidad de su traslado al RAIS; que se ordene a COLPENSIONES, reactivar su afiliación al RPM; que, se ordene

a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido en condición de última administradora del RAIS, con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración, sumas adicionales del asegurado, así como todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Adicionalmente, que, se reconozca la pensión de vejez, en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de marzo de 2020; que, se inaplique la resolución 3559 de 2018 del Ministerio de Salud y Protección social; que, se ordene el pago de las mesadas ordinarias y adicionales no pagadas, con los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, o de manera subsidiaria su indexación; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas del proceso y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 23 de marzo de 1958, que, a partir de marzo de 1977 se afilió al RPM, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, cotizando allí hasta julio de 1999, cuando se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., donde le ofrecieron mayores beneficios y garantías para pensionarse, además que, el ISS, sería reformado, que se incrementarían los requisitos para acceder al derecho pensional por vejez frente a la edad y semanas mínimas de cotización requeridas, que se reduciría considerablemente la tasa de reemplazo para cuantificar el derecho pensional, advirtiéndole los múltiples riesgos que acarrearía su permanencia en ese Instituto.

Indicó que, ni al momento de su traslado inicial al RAIS, ni cuando se cambió a SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., en julio de 2014, le fueron informadas las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional, nada se le advirtió de las condiciones y requisitos que necesitaba cumplir en el RAIS, para conformar el capital con que podría acceder a la pensión de vejez, no se le realizó una proyección del valor de su posible mesada pensional; que, solicitó a SKANDIA S.A., una proyección de su pensión y le fue informado que recibiría una mesada de \$1.462.713, mientras que en el RPM, ésta ascendería aproximadamente a \$7.125.723; que, tiene 62 años de edad cumplidos y más de 1300 semanas, por lo que, reúne con los requisitos para acceder a la pensión de vejez; que le reclamó a las demandadas, la nulidad de su traslado al RAIS; no obstante, esa petición fue negada por éstas (Archivos 03 y 06).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR S.A., COLPENSIONES y SKANDIA FONDO DE 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 presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Archivo 09).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones que llamó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, error sobre un vicio de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (Archivo 10).

SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., alegó en su defensa las excepciones denominadas el demandante para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con afiliación al régimen de prima media administrado por el liquidado Instituto de Seguros Sociales, actos de relacionamiento, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, lo accesorio sigue la suerte de lo principal - falta de interés negociable, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro – gastos de administración, buena fe y la genérica. Adicionalmente, llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en virtud de los contratos de seguro previsional suscritos con dicha Aseguradora, vigentes de 2009 a 2018, el cual fue admitido por auto del 09 de junio de 2022 (Archivos 12, 13 y 16).

LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., se opuso a la pretensión del llamamiento en garantía, encaminada a obtener el reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado con SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., pues su único objeto conforme a lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, es que, en caso de realizarse el riesgo la aseguradora debe asumir *“el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente”*; aceptó la mayoría de los hechos de llamamiento y formuló las excepciones de frente a la acción material ejercida por el demandante, la AFP SKANDIA carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.”, “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no se encuentra obligada, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a

contraprestación del seguro, porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a “MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.” no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, afectando a la llamante, AFP SKANDIA, y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y las demás que resulten probadas y puedan declararse oficiosamente (Archivo 18).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de marzo de 2023, el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de régimen pensional del demandante, efectuado, a través de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.; ordenó a COLPENSIONES, a autorizar el retorno del demandante al RPM, en las mismas condiciones que tenía al momento de su traslado al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., trasladar a COLPENSIONES, los aportes efectuados por GABRIEL MARIA IBARRA PARDO al RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el Fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante, estuvo afiliado a cada una de esas Administradoras, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; declaró que, COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Adicionalmente, declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, absolvió a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; respecto a la pensión de vejez deprecada, indicó que, el demandante, debería acreditar su desafiliación del sistema, para presentarse ante COLPENSIONES, a reclamar el reconocimiento pensional. No impuso condena en costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de Primera Instancia, los apoderados del demandante, COLPENSIONES, SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A., interpusieron recurso de apelación, en los siguientes términos:

El **demandante**, solicitó que, se condene a las demandadas COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., al pago de las costas procesales, en virtud

de lo establecido por los artículos 365 y 366 del CGP, por haber resultado vencidas en juicio y oponerse a la prosperidad de las pretensiones.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, manifestó que, no es dable que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, ya que, en el presente asunto se demostró la información brindada por las AFP al actor; además que, el actor ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS, con el traslado horizontal realizado de PORVENIR a SKANDIA; que, se advierte una negligencia del demandante, quien sólo se preocupó por su situación pensional, cuando estaba ad portas de cumplir la edad para acceder a ese derecho; que, el demandante, es un profesional del derecho y bien pudo consultar la normatividad; que, debió ser probada la falta de información por parte del demandante, ya que, al momento de su traslado, no se encontraba frente a una expectativa legítima; que, no se puede tener como afiliado al demandante, en el RPM, pues, tal decisión iría en contra del principio de sostenibilidad financiera, porque descapitalizaría el Sistema General de Pensiones, dejando en desventaja a quienes sí han permanecido en ese régimen.

La **AFP PORVENIR S.A.**, apeló el ordinal tercero de la decisión de Primer Grado, en relación con la devolución de las condenas debidamente indexadas, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones de esa AFP, estaba la de garantizar la rentabilidad mínima de los aportes del actor en su cuenta individual, de ahí que, resulta improcedente y excluyente la actualización de los recursos, y por el contrario sí sería una doble sanción; más aún cuando los rendimientos que se causaron en vigencia de la afiliación del actor a esa AFP, supera con creces la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del demandante.

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., se opuso a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás conceptos de manera indexada, pues, los efectos de la ineficacia deben ceñirse a los preceptos de orden legal que regulan la materia de manera taxativa, es decir, que, lo que se debe trasladar del RAIS al RPM, son los aportes a pensión y al fondo de garantía de pensión mínima, no así los demás emolumentos a que fue condenada esa Administradora, especialmente los gastos y las primas de seguros previsionales, pues, los primeros conllevan la administración correcta y eficiente de la cuenta de ahorro individual del accionante y, las segundas fueron canceladas a una aseguradora; que, de mantenerse la orden debe revocarse la decisión en cuanto absolvió a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues, con la declaratoria de ineficacia se perdió el efecto asegurable y por lo tanto, el contrato de seguro, perdió uno de los elementos, en los términos del artículo 1045 del CCo., caso en el cual debe el asegurador restituir las sumas percibidas; que, ordenar la indexación, vulnera el principio de la congruencia, que no fue pretensión de la demanda, y además, el pago de rendimientos compensa cualquier pérdida del poder adquisitivo de la moneda, debiendo en su lugar declararse probada la compensación; que, también procede la excepción de prescripción, frente a los gastos de administración y primas de seguros, por ser emolumentos de orden económico, periódico y no están destinados a cubrir la pensión de vejez.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, el demandante, pidió confirmar la sentencia apelada, en cuanto ordenó la ineficacia del traslado de régimen pensional, pero, reiteró que debe imponerse a todas las demandadas la condena en costas de Primera Instancia.

COLPENSIONES, solicitó revocar el fallo de Primera Instancia y negar las pretensiones del demandante, quien se encuentra válidamente afiliado al RAIS y ya no puede retornar al RPM, por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

La AFP PORVENIR S.A., indicó que, en el presente caso no se cumple con ninguno de los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, ni de su afiliación inicial a esa AFP.

SKANDIA S.A., insistió en que no resulta procedente la devolución de gastos de administración, que, además son susceptibles del fenómeno de la prescripción; y que, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. debe ser condenada a pagar las primas del seguro previsional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación interpuestos por el demandante y las demandadas, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; *iii)* si procede la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; *iv)* si el nivel profesional que ostenta el demandante, es argumento suficientemente válido, para exonerar a la Administradora de Fondos de Pensiones de su obligación de información; *v)* si el cambio de Administradora de Pensiones, dentro del RAIS, validó el traslado inicial; *vi)* si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; *vii)* si se debe condenar a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.; y *viii)* si se debe declarar probada la excepción de prescripción.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la 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).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de

	Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

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

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, registro civil de nacimiento del demandante; historia laboral consolidada del demandante en SKANDIA S.A.; reporte de semanas cotizadas por el actor, en COLPENSIONES de donde se extrae que éste cotizó al RPM entre el 01 de marzo de 1977 y el 31 de

julio de 1999; simulación de la pensión de vejez, que le correspondería al señor IBARRA PARDO, elaborada por OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., el 21 de mayo de 2018, reclamaciones presentadas por el demandante, ante las demandadas, solicitando su retorno al RPM, con las correspondientes respuestas negativas dadas por las demandadas; consulta SIAF; solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la AFP PORVENIR, de fecha 14 de julio de 1999; certificación de traslado de aportes de PORVENIR S.A. a SKANDIA S.A., historia laboral consolidada del demandante, en la AFP PORVENIR; relación historia de movimientos de la cuenta individual del actor en PORVENIR S.A.; expediente administrativo del señor Gabriel Ibarra, en COLPENSIONES; formulario de afiliación a OLD MUTUAL hoy SKANDIA S.A., diligenciado el 17 de junio de 2014; estado de cuenta de ahorro individual del Skandia Fondo de Pensiones Obligatorias; historia laboral válida para bono pensional (Archivos 03, 09, 11 y 12).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, fue contactado por una comercial de la AFP PORVENIR S.A., quien lo invitó a trasladarse de régimen pensional, hablando de las bondades del RAIS, le mencionó algunos portafolios, pero no recuerda con precisión más detalles; aseguró que, ningún momento le agente comercial, le brindó una asesoría de fondo; que, suscribió el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria; que, se cambió a SKANDIA S.A., porque al igual que en su traslado inicial, recibió la visita de un agente comercial, quien también le habló de una serie de ventajas y por eso decidió cambiar de AFP; que, es profesional en Derecho, pero no conoce a detalle el Derecho Laboral y de la Seguridad Social, entonces no tiene mucha información respecto a las ventajas del RAIS; que, no recuerda haber recibido una llamada por parte de la AFP PORVENIR S.A., para recibir una reasesoría antes de los 52 años de edad; que, su inconformidad con el RAIS, se presenta porque allí recibirá un derecho pensional que resulta inferior y lesivo en relación con las garantías y ventajas que podría obtener en COLPENSIONES.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a el actor, era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula

esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

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

De otra parte, no es de recibo el argumento expuesto por la demandada COLPENSIONES, respecto al nivel profesional que ostenta el demandante, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y

abstracta. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL 3349 de 2021, donde dijo que, *“el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad”*, pues, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no deja duda de que esa carga fue impuesta a las entidades del sistema y, por tanto *“no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento”*. Además, que, de la profesión del asegurado no se puede deducir una regla excluyente del deber de la Administradora de pensiones, por lo que, aun conociendo aspectos relacionados con el sistema financiero y el manejo de las AFP, estas deben demostrar la acreditación de sus obligaciones profesionales respecto de sus eventuales afiliados.

Tampoco, puede considerarse que la declaración de ineficacia del traslado del actor al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

(...)

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

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

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

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

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

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

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del actor, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo, aunque esta no haya sido solicitada en la demanda, pues, su imposición no comporta una condena adicional, como se advirtió en sentencia SL359 de 2021; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicha orden, habrá de aclararse el ordinal tercero de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Referente a lo manifestado por la recurrente SKANDIA S.A., del llamamiento en garantía, es importante indicar que entre **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** dan cuenta la existencia de los contratos de seguro previsional a los que se refiere esa demandada, sin embargo, se advierte que el objeto de este proceso es que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de las afiliaciones que se efectuaron a sus diferentes administradoras y escapa del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral la situación relacionada con los contratos de seguro celebrados entre las personas jurídicas señaladas que no son *controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras* (numeral 4° del artículo 2° del CPT y SS), sino que se trata de un asunto meramente comercial entre dos contratantes que

corresponde conocer a una jurisdicción distinta y, por ende, no puede en este proceso resolverse sobre tal relación, con fundamento en lo anterior, se niega lo pretendido, incluso desde el inicio de la solicitud del llamamiento en garantía se debe haber negado el mismo.

En conclusión, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por el demandante, el 14 de julio de 1999, con efectividad el 1 de septiembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de primera instancia.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Los fundamentos normativos que consagran la extinción de las acciones en el ámbito del derecho del trabajo y de la seguridad social son los artículos 488 C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., en donde se establece un término de 3 años, contabilizado desde el momento en que se hace exigible la obligación, sin embargo, dicha normatividad es inaplicable a la presente controversia, ya que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen y sus consecuencias ostentan un carácter declarativo, además porque lo peticionado tiene un nexo causal con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde con lo establecido en el art. 48 de la Constitución Nacional, tal como se indicó en la providencia No. SL1421-2019.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide la parte actora, se ordene frente a todas las demandadas, comoquiera 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, le asiste razón al demandante, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por ser los gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las

reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”.

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se revocará el ordinal noveno de la sentencia apelada, para condenar en costas de Primera Instancia, a COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., debiendo el *a quo*, liquidar las correspondientes agencias en derecho respecto de cada una de ellas.

COSTAS en la alzada 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: ACLARAR el ordinal tercero de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el Juzgado Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por el Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor del actor. Se **REVOCA** el ordinal noveno de la sentencia apelada, para condenar en costas de Primera Instancia, a las demandadas.

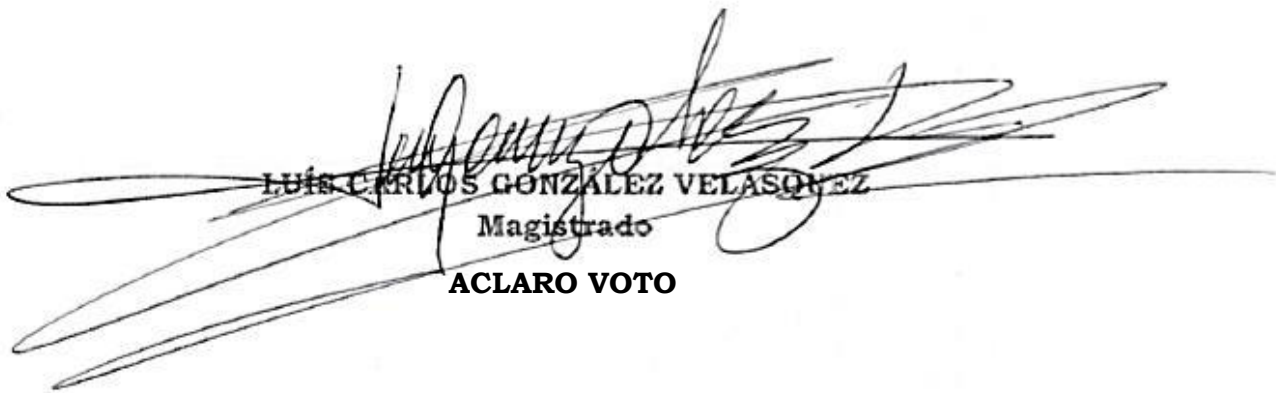
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 01 2020 00662 01 DE GABRIEL MARÍA IBARRA PARDO CONTRA COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor IBARRA PARDO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007201900760-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de diciembre de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JAIRO PINZÓN GUERRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

JAIRO PINZÓN GUERRA, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare que PORVENIR S.A., incumplió con su deber legal de información al no brindarle una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional; que, se declare la nulidad e ineficacia de su afiliación al RAIS, efectuada a través de la AFP PORVENIR S.A., pues, la falta de información vició su consentimiento; que, se declare válidamente afiliado al RPM, administrado por COLPENSIONES; y, en consecuencia, que, se condene a PORVENIR S.A., a registrar en su sistema de información que la afiliación a esa AFP, es nula e ineficaz; que, se condene a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales; que, se condene a COLPENSIONES, a activar su afiliación en pensión, recibiendo la totalidad de los

aportes, rendimientos, bonos pensionales y/o títulos pensionales; que, se conceda lo ultra y extra petita, así como las costas y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 05 de diciembre de 1964; que, comenzó a realizar aportes a pensión en el RPM, a través del ISS Pensiones, a partir del 12 de agosto de 1992; que, el 20 de noviembre de 1998, se trasladó al RAIS, mediante afiliación a la AFP PORVENIR S.A., fecha para la cual tenía 33 años de edad.

Refirió que, al momento de suscribir el formulario de vinculación al PORVENIR S.A., no recibió ninguna asesoría, simplemente firmó el formulario, porque éste le fue suministrado por su empleador, quien le manifestó que, el ISS, iba a desaparecer, por lo que, la Empresa le sugería afiliarse a una Administradora privada de pensiones; que, la AFP, no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente, para brindarle información respecto a las características del RAIS y su diferencia con el RPM; tampoco hizo nada para darle a conocer la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, ni le entregó una proyección pensional que le permitiera conocer las condiciones en que podría acceder a una pensión superior al salario mínimo legal mensual.

Indicó que, la AFP PORVENIR S.A., no le comunicó la posibilidad que tenía de regresar al RPM, antes de los 52 años de edad, ni le realizó una reasesoría pensional, para indicarle cuál régimen era más favorable a sus intereses, a pesar de contar con todos los datos de su afiliado; que, su IBC, es de \$9.634.081, pero, según proyección elaborada por PORVENIR S.A., en el mes de mayo de 2019, su mesada pensional a los 62 años de edad, ascendería a \$1.372.700, mientras que, según liquidación efectuada por una firma particular, en COLPENSIONES, recibiría aproximadamente \$6.211.925.

Afirmó que, les solicitó a las demandadas, anular su afiliación al RAIS, obteniendo una respuesta negativa al respecto; que, el 09 de mayo de 2017, elevó consulta a la Superintendencia Financiera de Colombia, para que se pronunciara sobre el deber de información en cabeza de las AFP, la cual se contestó por esa Entidad, el 12 de junio de 2017; que, por requerimiento de la Procuraduría General de la Nación, COLPENSIONES, también le informó, a su apoderada, que desde octubre de 2012, se encontraba adelantando actividades para informar adecuadamente a los afiliados sobre los traslados de régimen pensional (fls. 4-13 Archivo 01)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A., dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con edad, afiliación, traslados y solicitudes presentadas por el actor, ante cada Administradora.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (Archivo 03).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, formuló 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 (Archivo 04).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de diciembre de 2022, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el demandante, a la AFP PORVENIR S.A., con formulario No. 1108638 del 20 de noviembre de 1998; ordenó a PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al RPM; ordenó a la AFP PORVENIR S.A., devolver a COLPENSIONES, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, debiendo acreditar de forma discriminada los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a COLPENSIONES, recibir a JULIO PINZÓN GUERRA, sin solución de continuidad como afiliado del RPM, desde su vinculación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, a quienes también condenó al pago de las costas procesales.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, argumentó que, no tiene culpabilidad alguna en el cambio de régimen efectuado por el demandante, estando siempre dispuesta a dar y brindar información, por las diferentes fuentes de comunicación dispuestas para ello; sin embargo, si se ha visto afectada, por la falta de información y traslados que no se hacen en debida forma y tiempo; que, no procede la condena en costas, pues,

COLPENSIONES, no ha incurrido en ningún momento en conductas que conduzcan a la ineficacia de los actos de elección del régimen pensional del actor.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, manifestó que, si bien existe un precedente jurisprudencial, éste no puede aplicarse de manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos en los que se solicite la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, por incumplimiento del deber de información, pues, debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, pues, el demandante, realizó válidamente su traslado inicial con esa AFP, de manera libre y voluntaria; que, la vinculación del actor, a PORVENIR S.A., fue su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, ya que, era no cotizante activo al momento de su afiliación a esa Administradora, en el año 1998, lo que aceptó el actor, al momento de absolver interrogatorio de parte; que, la inactividad del afiliado impide que se aplique la ineficacia; que, los gastos de administración ya fueron invertidos por esa Administradora, como lo exige la ley y no se encuentra en poder de PORVENIR S.A., ya que, en los más de 20 años de afiliación del actor, siempre tuvo una cobertura por los riesgos de invalidez o muerte, que se hubiesen podido suscitar; que, no resulta procedente devolver esos emolumentos de manera indexada, lo que sería una misma condena, ya que, también se está ordenando el reintegro de rendimientos; que, debe desestimarse la condena por agencias en derecho, debido a que PORVENIR S.A., actuó de manera diligente y de buena fe, frente a los afiliados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el demandante, afirmó que, debe confirmarse la sentencia de Primera Instancia, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber objetivo, profesional y legal de brindar una adecuada información a la parte actora de este proceso, durante la etapa previa a perfeccionarse el traslado de régimen pensional.

La AFP PORVENIR S.A., por su parte, indicó que, debe revocarse la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver los recursos de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en los recursos de apelación

interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado del demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la afiliación a la AFP PORVENIR S.A., se trató de un traslado inicial, comoquiera que, el actor, era un afiliado al RPM, no cotizante; en caso contrario, *ii)* si PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *iii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por el actor, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por la AFP PORVENIR S.A.; *iv)* si la declaración de ineficacia del traslado del demandante al RAIS, atenta contra el equilibrio financiero del Sistema pensional; *v)* si procede la orden de devolución de gastos administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación de los valores a retornar al RPM; y *vi)* si debe o no imponerse condena en costas a las demandadas.

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

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

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de Prima Media con Prestación Definida y el régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos regímenes 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.

En cuanto a la afiliación del demandante, al Sistema General de Pensiones, lo primero que debe señalar esta Sala, es que, aun cuando la demandada AFP PORVENIR S.A., alegó que, la vinculación del demandante, con esa Administradora, no se trató de un traslado del RPM al RAIS, sino de una afiliación inicial, comoquiera que, éste se encontraba en la condición de afiliado no cotizante, pues, su último aporte al ISS, lo fue en septiembre de 1992 y su afiliación al RAIS, se realizó mediante suscripción del formulario el 20 de noviembre de 1998 con efectividad a partir del 01 de enero de 1999, por lo que, dice no traía un régimen pensional anterior del cual se pudiera trasladarse; sabido es que la afiliación al Sistema General de Pensiones, es una sola y no se pierde por haber dejado de cotizar unos periodos, como lo establece el artículo 13 del Decreto 692 de 1994 y lo aclaró la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia con radicado 33476 del 30 de septiembre de 2008, donde al respecto indicó que:

La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y la cotización es uno de los deberes que se origina en aquélla; mientras la primera brinda una pertenencia permanente al Sistema, lo preceptúa mediante una primera y única

inscripción vitalicia, la cotización es una obligación eventual y periódica que surge sólo bajo determinados supuestos, el de que se esté desempeñando activamente en el mundo del trabajo; y en ningún caso la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se deje de causar cotizaciones o no se paguen éstas.

Igualmente, en la sentencia CSJ SL4575 de 2017, esa Corporación explicó que:

“... la afiliación al sistema general de pensiones es única y permanente, y aquellas personas que antes de la entrada en vigor del mismo, prestaban servicios en el sector público o eran afiliados al Instituto, se incorporaron al sistema en las condiciones de la Ley 100 de 1993 y sus normas reglamentarias, con todas las consecuencias que de ello se derivan, es decir, son sujetos de derechos y obligaciones frente a la seguridad social, pues no puede olvidarse que de conformidad con el artículo 48 superior se trata de un derecho fundamental irrenunciable y con vocación de universalidad.-

Así pues, la afiliación no se pierde por dejar de efectuar cotizaciones, y en el evento en que se lleve más de seis meses sin realizar aportes, la única consecuencia es que el afiliado pase a la categoría de cotizante inactivo, sin que por ello deba entenderse que su traslado del RPM al RAIS implique otra afiliación al Sistema General de Pensiones, que se reitera es una sola y con vocación de permanencia, por lo tanto, no le asiste razón a la demandada PORVENIR S.A., al señalar que la vinculación del señor JAIRO PINZON GUERRA con esa AFP, se trató de una afiliación inicial, pues, para el 20 de noviembre de 1998, esté se encontraba afiliado al RPM, como cotizante inactivo, por lo tanto, el acto jurídico que se materializó con la suscripción del formulario de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatoria Porvenir, fue un traslado de régimen pensional y no una vinculación inicial.

Definido lo anterior, en cuanto a los requisitos para el traslado del régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que al respecto indicó:

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

una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”. (Negrilla fuera de texto)

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de**

pensiones, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

En cuanto a **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.

Al plenario se allegaron como pruebas, reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, del que se extrae que el demandante realizó aportes en el RPM, por los meses de agosto y septiembre de 1992; formulario de solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias Administrado por PORVENIR S.A., del 20 de noviembre de 1998; historia laboral consolidada del actor en la AFP PORVENIR S.A., donde al 09 de mayo de 2019, reporta un total de 1.007 semanas cotizadas de las cuales 3 lo fueron a través del RPM y 1.004 en el RAIS; simulación pensional elaborada por PORVENIR S.A., solicitudes presentadas por el demandante, ante la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, solicitando su retorno al RPM, con las correspondientes respuestas que le negaron tal petición; consulta SIAF; relación histórica de movimientos y aportes realizados a la cuenta individual del demandante en PORVENIR S.A.; resumen de historia laboral para bono pensional; certificación de afiliación a PORVENIR S.A. (Archivos 01, 02 y 04).

También absolvió interrogatorio de parte el demandante, quien informó que, se afilió al ISS, en 1992, luego quedó cesante por aproximadamente 5 años, durante los cuales tuvo trabajos informales, en los que no cotizó para pensión, y en el año 1998, ingresó a trabajar a la Empresa de Servicios Públicos de Chía, donde al momento de presentarse para firmar el contrato, la jefe de Talento Humano, le pasó unos documentos, que le dijo eran para su afiliación a la Seguridad Social y él los firmó, advirtiéndole que él estaba afiliado al Seguro Social, a lo que ella le respondió que el ISS se iba a acabar y que lo mejor era que firmara esos documentos; que, no tuvo contacto con ningún asesor de PORVENIR S.A., sólo con la jefe de Talento Humano, quien le entregó los documentos y le dijo que se los devolviera firmados; que sólo hasta el 2019 tuvo contacto con la AFP, por acercarse la edad para pensionarse se asesoró con un abogado y luego fue a una oficina de PORVENIR, donde le explicaron que ya no podía regresar a COLPENSIONES y le dijeron que si seguía cotizando iba a recibir una pensión de \$1.300.000; que, nunca tuvo asesoría, ni acompañamiento por parte de PORVENIR, tampoco lo contactaron antes de los 52 años de edad, para brindarle ninguna reasesoría, ni le explicaron la posibilidad de retornar al RPM; que, recibía los extractos, pero con ellos solo corroboraba que su empleador cumplía con el pago de los aportes; que, su intención es regresar al RPM, porque, según le explicó el abogado, allí su mesada pensional puede ser superior a los \$6.000.000, además cree que no pudo verse perjudicado por una información que nunca recibió; que, nunca se acercó a COLPENSIONES, de cuya existencia sólo se enteró en el año 2019.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera la AFP PORVENIR S.A., demostró dentro del proceso haberle proporcionado al actor, información alguna durante su afiliación y menos aún

en el transcurso de los años en que ha permanecido afiliado a esa Administradora, en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí; 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. Nótese como quedó demostrado que, el traslado de régimen pensional del demandante, fue una imposición de su empleador Empresa de Servicios Públicos de Chía, quien, al momento de su vinculación laboral, no le brindó otra opción de afiliación al Sistema General de Pensiones, advirtiéndole al trabajador, a través de la Jefe de Recursos Humanos, que, el Seguro Social se iba a liquidar, sin más explicaciones.

Ahora, aunque el actor, suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, ha de decirse que éste resulta insuficiente para efectos de acreditar que la Administradora privada de fondos de pensiones, haya asesorado de forma plena al actor, pues, recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocetrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las Administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas; actividad que en el presente caso, fue completamente nula, pues, la AFP, ni siquiera estuvo presente en el acto de suscripción del formulario, y como manifestó el actor, al absolver interrogatorio de parte, tampoco durante los más de 21 años de afiliación tuvo ningún contacto con él.

De otra parte, es preciso indicar 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.

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

(...)

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

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

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

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

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

(...)

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

En relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado del demandante, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; además, claramente el *a quo*, impuso esta orden únicamente sobre los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros

previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que piden las demandadas, sea revocada, comoquiera 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, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas también sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

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

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, esto es, todas y cada una de las demandadas, quienes además se opusieron a la prosperidad de las pretensiones, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos los recursos de apelación presentados por las demandadas COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A.

Costas en esta Instancia, a cargo de las recurrentes, por haberles sido desfavorable la alzada. Las de Primera Instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de diciembre de 2022, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **JAIRO PINZÓN GUERRA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a cargo de cada una de ella y a favor del demandante . Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARÓ VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

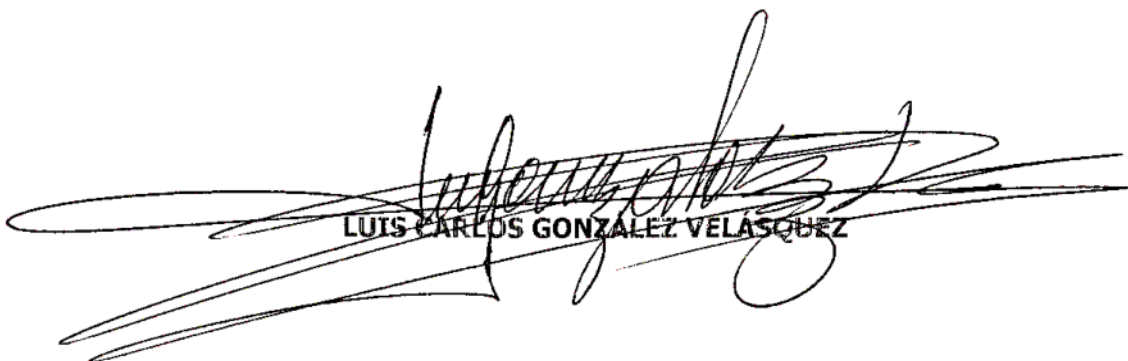
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 007 2019 00760 01 DE JAIRO PINZÓN GUERRA CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó el señor PINZÓN GUERRA al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105026202200035-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la AFP PORVENIR S.A., en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 09 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MARINA SALINAS ALONSO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

LUZ MARINA SALINAS ALONSO, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, realizado a través de la AFP PORVENIR S.A., el 21 de julio de 2000, debido a la falta del deber de información, inadecuada asesoría e inducción en error; que, se declare que, válidamente afiliada al RPM administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los dineros existentes en su cuenta de ahorro, esto es, bonos pensionales, aportes, rendimientos financieros, intereses comisiones, cobros de servicios financieros, cuotas de administración; que, se ordene a la AFP PORVENIR S.A., pagar cualquier diferencia que se llegare a causar entre lo ahorrado en el RAIS, y su equivalencia en el RPM, con cargo a su patrimonio; que, se ordene a COLPENSIONES, aceptar su traslado y recibir todos los recursos devueltos del RAIS; que, se declare que COLPENSIONES es la Administradora, encargada de reconocerle el derecho pensional, desde el momento en que acredite

los requisitos legales para pensión de vejez en el RPM; que se ordene el pago de costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria, solicitó que, se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, y de la afiliación realizada el 21 de julio de 2000 a la AFP PORVENIR S.A., por el su incumplimiento al deber de información inadecuada asesoría e inducción en error.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 01 de diciembre de 1966, por lo que, a la presentación de la demanda, tenía 55 años de edad; que, se afilió al RPM, administrado por el ISS hoy COLPENSIONES, el 01 de noviembre de 1990, donde cotizó 409,43 semanas, hasta el 31 de julio de 2000, cuando se trasladó al RAIS, por afiliación que efectuada a PORVENIR S.A., mediante inducción al error, cuando una asesora comercial de esa AFP, diligenció un formulario de solicitud de vinculación, sin advertirle las consecuencias de suscribir ese documento, tampoco se le informaron las desventajas que ocasionaba el mismo.

Refirió que, no recibió asesoría sobre las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional; que, nada se le explicó acerca de la liquidación de su mesada pensional y la posibilidad que existía de devengar un valor inferior al reconocido por el RPM; que, nada le mencionaron en relación las modalidades pensionales del RAIS, el manejo de los rendimientos financieros y la posibilidad de disminuir el capital ahorrado, manifestándole de forma errada que podría pensionarse a los 55 años de edad y con una mesada superior; que, nadie le comunicó la opción de retractarse del traslado y retornar al RPM; que, reclamó ante las demandadas, la reactivación de su afiliación al RPM, a lo que le contestaron de manera negativa (Archivo 01).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas AFP PORVENIR y COLPENSIONES 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, alegó 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 (Archivo 08).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y las demás que resulten probadas y puedan ser declaradas de oficio por la Juez (Archivo 12).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 09 de febrero de 2023, el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró ineficaz el traslado efectuado por LUZ MARINA SALINAS ALONSO al RAIS; condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos; condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación argumentando que, el traslado efectuado por la demandante, del RPM al RAIS, a través de esa AFP, se realizó de forma libre, consciente y voluntaria, como quedó plasmado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encontraba autorizada por la ley, siendo dicho documento la prueba de la voluntad de afiliación; que, quedó demostrado dentro del proceso que la actora, contó con el acompañamiento de un asesor comercial de PORVENIR, que le puso en conocimiento las características básicas del RAIS, por lo que, no podría esa Administradora, constituir pruebas documentales adicionales al formulario, que den cuenta del cumplimiento del deber de información, ya que, para ese momento histórico, las asesorías se brindaban de manera verbal; que, deben estudiarse las restituciones mutuas, pues, bajo los efectos de la ineficacia, PORVENIR, habría actuado como un agente oficioso involuntario de COLPENSIONES, en cuanto creyendo administrar su propia actividad, terminó administrando los negocios de otro, por lo que, tendría PORVENIR, derecho al reembolso de la utilidad obtenida, por encima de lo que le hubiese correspondido a la actora en el RPM; que, los gastos de administración y primas de seguros previsionales, se descontaron en virtud del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, además en el RPM, también tienen una destinación similar; que, tampoco procede la indexación de las condenas impuestas, ya que al ordenarse la devolución de los rendimientos, se supera con creces cualquier pérdida del poder adquisitivo,

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, la AFP PORVENIR S.A., manifestó que, en el presente caso, no se cumple con ninguno de los presupuestos legales para declarar la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, quien haciendo uso del derecho a la libre escogencia materializó su voluntad de traslado, con la suscripción del formulario de afiliación; que, PORVENIR S.A., acreditó el

cumplimiento del deber de información, sin que puedan imponérsele cargas probatorias inexistentes para la fecha de vinculación dela demandante, con esa AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP PORVENIR S.A., la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión de la Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si la AFP PORVENIR S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la asesoría plena brindada por parte de PORVENIR S.A.; y, *iii)* si proceden las restituciones mutuas y la orden de devolución de gastos de administración, sumas de seguro previsional y del fondo de garantía de pensión mínima, así como su indexación.

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 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.**” (Negrilla fuera de texto).

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades, determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa N° 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada,

es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

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

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, cédula de ciudadanía de la demandante, nacida el 01 de diciembre de 1966; solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Pensiones Obligatorias de Porvenir, del 21 de julio de 2000; certificación afiliación de la actora a la AFP PORVENIR S.A., efectiva a partir del 01 de septiembre de 2000; relación de movimientos y aportes efectuados en la cuenta de ahorro individual de LUZ MARINA SALINAS ALONSO en PORVENIR S.A.; historia laboral consolidada de la actora en PORVENIR, donde consta que, al 22 de octubre de 2021, ésta tenía cotizadas al Sistema de pensiones, un total de 1.399 semanas, de las cuales, 412,7 lo fueron al RPM y 982.1 al RAIS; reporte de semanas cotizadas en COLPENSIONES, entre el 09 de noviembre de 1990 y el 31 de julio de 2000; reclamaciones presentadas ante las demandadas, con sus correspondientes respuestas; proyección elaborada por PORVENIR, del posible valor de la mesada pensional de la demandante, en el RAIS, a los 57 años de \$1.019.700 y el RPM, a la misma edad, de \$4.382.959; historia válida para bono pensional; consulta SIAF; expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES (Archivos 01, 08, 12 y 13).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, para el año 2000, ella se encontraba trabajando en la Defensoría del Pueblo, y de la Oficina de personal, recibieron la indicación de que podían trasladarse de fondo de pensiones y que debían recibir al personal de PORVENIR, para hacer el traslado a esa Administradora de pensiones; que, a su oficina llegó una persona de PORVENIR, y le dijo que su traslado a esa AFP, era lo mejor, porque iba a significar una pensión de mayor valor la que le correspondería en el RPM; que, la asesora llevaba un formulario, entonces ella le suministró la información de sus datos personales, luego los verificó y lo firmó; que, la asesora, no le dijo nada de una cuenta de ahorro a su nombre, tampoco del por qué le solicitó el nombre de dos beneficiarios, ni qué pasaría con sus aportes en el ISS, menos le explicó sobre aportes financieros, ni los requisitos

para pensionarse en el RAIS; que, no recibió de PORVENIR, en el año 2013, ninguna comunicación para recibir una reasesoría acerca de su situación pensional; que, ha recibido extractos desde hace 5 años atrás por correo electrónico.

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

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

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a las restituciones mutuas y la condena por la devolución de gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima, es procedente dado que la principal

consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a Colpensiones, se deben devolver los gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, y demás, comoquiera que, el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020, en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de ineficacia de traslado señaló:

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

(...)

*De modo que, a juicio de la Corte, **si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

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

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

(...)

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

deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

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

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

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

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

(...)

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

Ahora, en relación con la indexación de los conceptos que se ordena devolver como consecuencia de la ineficacia del traslado de la actora, al RAIS, advierte la Sala, que dicha decisión resulta acertada, en cuanto, propende por la actualización de los dineros con el Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE, para aminorar los efectos negativos que le causa la inflación económica al valor nominal en el transcurso del tiempo; no obstante, dada la forma generalizada en que se impartió dicho orden, habrá de aclararse el ordinal segundo de la sentencia apelada, en el sentido de indicar que la actualización o indexación recae únicamente en los valores correspondientes a gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, pues, como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964 de 2018, CSJ SL4989 de 2018, CSJ SL1421 de 2019 y CSJ SL1688 de 2019, estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al Régimen de

Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones; sin que, además, sea posible aplicar la figura de la compensación, pues, no se cumple con las exigencias de los artículos 1714, 1715 y 1716 del CC, para su declaración.

Por todo lo anterior, como en este asunto se incumplió con el deber de información cuando la AFP PORVENIR S.A., enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin ni siquiera enseñar las características de cada uno de los regímenes, brilla por su ausencia algún estudio, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la demandante, el 21 de julio de 2000, con efectividad el 01 de septiembre de ese mismo año se torna ineficaz, por la falta de información de la entidad pensional, debiéndose por tanto confirmar la sentencia de Primera Instancia.

Costas en esta Instancia, a cargo de la recurrente, por haberle sido desfavorable la alzada. 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

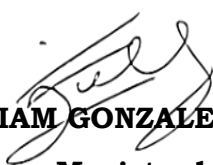
PRIMERO: ACLARAR el ordinal segundo de la sentencia proferida el 09 de febrero de 2023, por el Juzgado Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la indexación ordenada por la Juez de Primera Instancia, recae únicamente en los conceptos correspondientes al porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, los gastos recibidos por concepto de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: COSTAS en esta Instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160. 000.00, a favor de la demandante. Las de Primera Instancia se confirman.

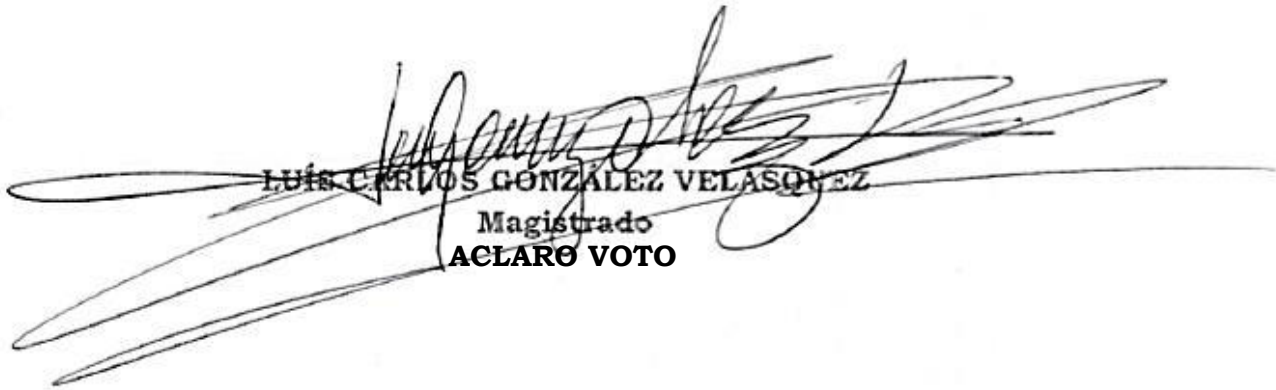
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado
ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

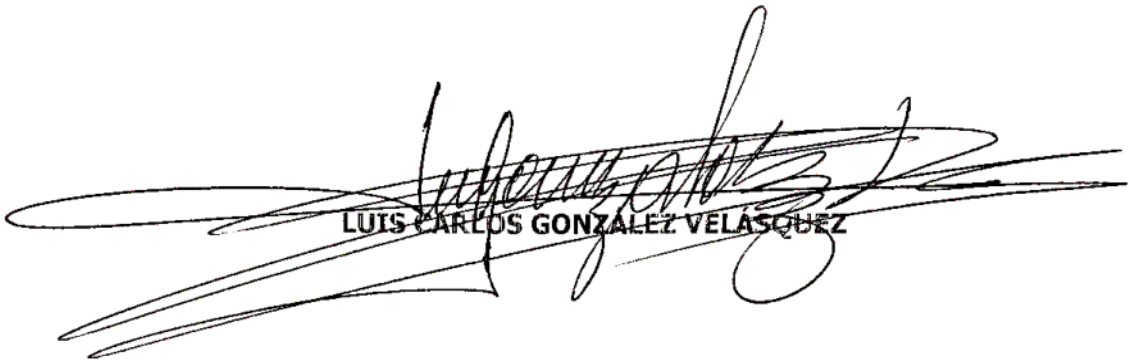
PROCESO ORDINARIO LABORAL No 026 2022 00035 01 DE LUZ MARINA SALINAS ALONSO CONTRA COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora SALINAS ALONSO al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



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

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO

Proceso: 110013105007202200041-01

En Bogotá D.C., hoy treinta (30) de noviembre de dos mil veintitrés (2023), el suscrito se constituye en audiencia pública en asocio de los Dres. Diego Fernando Guerrero Osejo y Luis Carlos González Velásquez,

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

Procede la Sala, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de Primera Instancia proferida el 12 de abril de 2023, por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **CLAUDIA JANET ORJUELA PINZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**; así mismo conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en cuanto a lo no apelado por ésta.

ANTECEDENTES

CLAUDIA JANET ORJUELA PINZÓN, promovió demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que, se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS; que, se condene a COLFONDOS S.A., a realizar el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos, y demás sumas de dinero recaudados desde el tiempo de vinculación hasta la fecha de su retorno al RPM; que, se ordene a COLPENSIONES, recibir la totalidad de lo ahorrado en COLFONDOS S.A., junto con sus rendimientos, y que, en caso que resulte inferior al monto del aporte legal correspondiente, si hubiese permanecido en el régimen de prima media, se ordena a COLPENSIONES se otorgue la oportunidad en tiempo prudencial para que se cancele dicha diferencia; que, se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez, a partir del momento en que se cause el derecho es decir el día del cumplimiento de edad y las semanas; que, se conceda lo ultra y extra petita, con el pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento material de sus pretensiones, en síntesis, señaló que, nació el 10 de enero de 1967, por lo que, a la presentación de la demanda tenía 54 años de edad; que comenzó a cotizar para pensión a través del Instituto de Seguros Sociales, el 12 de febrero de 1988, con el empleador PALMAR DEL ORIENTE, reuniendo un total de 201.57 semanas hasta el 01 de marzo de 1992.

Indicó que, en abril de 1994, un asesor comercial de COLFONDOS S.A., visitó las oficinas de PALMAR DEL ORIENTE, donde ella se encontraba trabajando, *“y Bajo inducción en error”*, la afilió al RAIS, con efectos a partir del mes de noviembre de 1994, sin brindarle una real y verdadera información acerca de los beneficios y desventajas del cambio de régimen pensional, ni los riesgos y efectos negativos de esa decisión, usando argucias en relación con el cierre del Seguro Social, que no habría nadie que respondiera por la pensión, mientras que en régimen privado, podría pensionarse de forma anticipada, con mayores ingresos y sin cumplir con los tiempos requeridos por el ISS.

Refirió que, nada le explicaron respecto a las distintas modalidades de pensión en el RAIS, la edad probable y monto de la mesada pensional en dicho régimen; que, nada le dijeron de la posibilidad de retractarse de dicho cambio, ni le comunicaron la posibilidad de retorno que introdujo la Ley 797 de 2003, menos aún le advirtieron que, después de los 47 años de edad, no podría trasladarse; que, COLFONDOS S.A., le informó que, luego de 30 años de trabajo, la mesada pensional que podría generar, sería equivalente a \$908.803, suma ínfima en relación con el monto acreditado en su cuenta de ahorro individual; que, le solicitó a COLPENSIONES, su traslado de régimen pensional, petición que le fue negada por esa Administradora (Archivos 01 y 11).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y COLPENSIONES, 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 presentadas por la actora, ante cada Administradora.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos (Archivo 15).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, propuso las excepciones de mérito denominadas errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del CC, descapitalización del Sistema pensional, 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, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de COLPENSIONES, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada o genérica (Archivo 16).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de abril de 2023, el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, declaró la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante, a COLFONDOS S.A., efectuado el 09 de mayo de 1994, a través del formulario No. 059779; ordenó a COLFONDOS S.A., trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora CLAUDIA JANET ORJUELA PINZON, incluyendo los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado; ordenó a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde el año 1994 hasta cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual le concedió a esa Administradora, el término de 30 días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, debiendo presentar un informe, discriminando los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de su decisión.

También, le ordenó el *a quo*, a COLPENSIONES, recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante, desde su afiliación inicial al ISS; declaró no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, imponiéndoles a éstas, el pago de las costas procesales.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de Primera Instancia, la apoderada de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, interpuso recurso de apelación, argumentando que, la demandante, se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que refiere el no retorno al RPM, cuando el afiliado está próximo a la edad para obtener la pensión de vejez; que, en el presente asunto no obra prueba alguna del vicio del consentimiento que se alega en la demanda; que, si bien la AFP, debió informar de manera suficiente a la actora, esto no la exonera a ella de acudir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, del cual dependían sus expectativas económicas, como tampoco la sustrae de la

aplicación de la ley, para darle un tratamiento desigual, como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada, más aun teniendo en cuenta la calidad de profesional de la demandante, quien al momento de realizar el traslado era mayor de edad, plenamente capaz y profesional en psicología, circunstancia por la cual no puede alegar el desconocimiento de la norma, para su propio beneficio; citó las sentencias C-1025 de 2004, SU-062 de 2010, SU-130 de 2013, en las que se indicó que, nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados del Sistema Pensional, dado que el RPM, se descapitalizaría; que, en caso de no acoger los argumentos expuestos y confirmar la decisión impugnada, se debe condicionar el cumplimiento de la sentencia a la devolución de los valores que conforman la cuenta individual de la demandante en el RAIS, debidamente indexados; también solicitó que no se imponga condena en costas, ya que, no participó en el acto que se presume ineficaz, siendo COLPENSIONES, sólo un tercero al que se le causa un daño injustificado, por un contrato celebrado entre dos partes ajenas a esa Administradora.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido, COLPENSIONES, insistió en que se debe revocar en su totalidad la sentencia de Primera Instancia, denegando todas y cada una de las pretensiones de la actora, pues, está incurso en la prohibición legal de retornar al RPM, por estar a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión; que, no se acreditó ningún vicio del consentimiento al momento de su traslado al RAIS, habiendo cumplido COLFONDOS S.A., con acreditar el cumplimiento del deber legal de información con el documento de afiliación, sin que para la época del traslado de la actora, la norma exigiera alguno requisito adicional; y que, la decisión apelada, constituye una descapitalización del sistema pensional. Reiteró que, en caso de confirmar la sentencia de Primer Grado, se debe aclarar que el cumplimiento de las órdenes impuestas a COLPENSIONES está supeditado al traslado de los recursos por parte de la AFP.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, previa las siguientes,

CONSIDERACIONES

De acuerdo a lo establecido por los artículos 66A y 69 del CPTSS, así como de lo expuesto en la sentencia de Primera Instancia y en el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, la Sala, deberá determinar si resultó o no acertada la decisión del Juez de Primera Instancia, al declarar la ineficacia del traslado de la demandante, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, para lo cual deberá analizarse, *i)* si COLFONDOS S.A., cumplió con el deber de información clara y completa; *ii)* si el formulario de afiliación al RAIS, suscrito por la actora, al momento de su traslado, es prueba suficiente para demostrar la

asesoría plena brindada por parte de COLFONDOS S.A.; *iii*) si el nivel profesional que ostenta la demandante, es argumento suficientemente valido, para exonerar a la Administradora de Fondos de Pensiones de su obligación de información; *iv*) si la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional atenta contra el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones; y *v*) si debe o no imponerse condena en costas a COLPENSIONES.

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

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

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

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

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

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de

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

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

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

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

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

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

Más adelante en providencia No. SL1688-2019 el máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ordinaria, estudio **desde cuando existe el deber de información y asesoría a cargo de las administradoras de fondos de pensiones**, concluyendo que es un deber exigible desde la creación del sistema de seguridad social de nuevos actores de carácter privado, encargados de la gestión fiduciaria de los ahorros de los afiliados en el RAIS, los cuales se encuentran sujetos a restricciones y deberes por la naturaleza de sus actividades,

determinando ciertos grados de exigencia en el deber de información y como a través de diferentes postulados normativos ha evolucionado así;

<i>Etapa acumulativa</i>	<i>Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información</i>	<i>Contenido mínimo y alcance del deber de información</i>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
<i>Deber de información, asesoría y buen consejo</i>	<i>Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009</i> <i>Decreto 2241 de 2010</i>	<i>Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo</i>
<i>Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.</i>	<i>Ley 1748 de 2014</i> <i>Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015</i> <i>Circular Externa N° 016 de 2016</i>	<i>Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.</i>

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

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

que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En el presente caso, al plenario se allegaron como pruebas, comunicación del 15 de diciembre de 2021, mediante la cual COLPENSIONES, le niega a la actora, la anulación de su afiliación al RAIS, por cuanto el traslado se ejerció haciendo uso del derecho a la libre elección de régimen, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993; consulta SIAF, de donde se extrae el traslado efectivo de régimen pensional de la demandante, a partir del 01 de junio de 1994; expediente administrativo de la actora en COLPENSIONES; reporte de semanas cotizadas por la señora ORJUELA PINZÓN en COLPENSIONES del 12 de febrero de 1988 al 01 de marzo de 1992; formulario solicitud de afiliación a COLFONDOS S.A., diligenciado el 09 de mayo de 1994 (archivos 11, 15, 17, 18 y 27).

Dentro del curso del proceso, absolvió interrogatorio de parte la demandante, quien informó que, comenzó a trabajaren el año 1989, medio tiempo en PALMAR DEL ORIENTE y el otro medio en PALMAS DE TUMACO, cotizando para pensión a través del Seguro Social, que, en el año 1994, con el cambio de la Ley 100 de 1993, tuvo una visita de COLFONDOS, para que hiciera el cambio de régimen pensional, le dijeron que había una posibilidad de acceder a una mejor pensión, con más rentabilidad, que, el Seguro Social, se iba a acabar y lo mejor que podía hacer era trasladarse a COLFONDOS S.A.; que, el asesor le diligenció el formulario de afiliación, con datos básicos y ella lo firmó, sin que se diera la oportunidad para hacer preguntas al respecto; que, su contacto con COLFONDOS S.A., fue mínimo, al comienzo recibió extractos físicos, luego hubo un tiempo en que dejó de recibirlos y pues, ahora, le dicen que puede consultarlos en la página web, pero nunca la contactaron antes de los 47 años de edad, para que retornara al RPM; que, desea regresar a COLPENSIONES, porque haciendo cuentas pudo concluir que nada de lo ofrecido resultó cierto, ya que, allí su único ingreso podría ser solamente del salario mínimo legal mensual y en nada se equipara a lo que podría recibir en el otro régimen; que, durante un tiempo por temas de declaración de renta, realizó aportes voluntarios, pero a una cuenta AFC, que luego retiró; que, nunca se acercó a COLPENSIONES, para corroborar cuál podría ser su situación pensional.

Por su parte, la representante legal de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, manifestó que, sólo se tiene el formulario de vinculación a esa AFP, como registro de la información brindada a la actora, al momento de su traslado de régimen pensional; que, en esa Administradora, no existe registro de ninguna reasesoría brindada a la actora, antes que ésta cumpliera los 47 años de edad; que, no hubo una comunicación específica para la demandante, respecto a la posibilidad de retornar al RPM, antes de los 10 años para cumplir la edad de pensionarse, no obstante, esa Administradora, si tiene en su página web y sistemas de información para el público en general los requisitos para retornar al RPM; que, sin tener una información específica respecto a lo dicho por el asesor comercial al momento de la afiliación de la demandante, lo cierto es que COLFONDOS S.A., tiene como política institucional, la capacitación de los asesores, para que tengan conocimiento en la Ley 100 de 1993, en el RAIS, en el RPM, para que al momento de hacer la vinculación, brinden toda la información

a los posibles afiliados.

Así las cosas, del anterior material probatorio, puede colegir la Sala, que de ninguna manera COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, demostró dentro del proceso que la información que le había proporcionado a la actora, 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 JANET ORJUELA PINZÓN, asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** a cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

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

De otra parte, tampoco resulta válido el argumento expuesto por la demandada COLPENSIONES, respecto al nivel profesional que ostenta la demandante, pues, tales aspectos, no tienen la capacidad suficiente para exonerar a las Administradoras de Fondos de Pensiones de su obligación de información respecto de su eventual afiliado, máxime cuando la ley es general, impersonal y abstracta. Así lo señaló la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, entre otras en sentencia SL 3349 de 2021, donde dijo que, *“el desinterés del potencial afiliado no releva en manera alguna a la AFP del cumplimiento de brindar información con la calidad y oportunidad”*, pues, el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no deja duda de que esa carga fue impuesta a las entidades del sistema y, por tanto *“no quedan al arbitrio o disposición de los intervinientes en el acto, porque precisamente, el fundamento de la ineficacia es su incumplimiento”*. Además, que, de la profesión del asegurado no se puede deducir una regla excluyente del deber de la Administradora de pensiones, por lo que, aun conociendo aspectos relacionados con el sistema financiero y el manejo de las AFP, estas deben demostrar la acreditación de sus obligaciones profesionales respecto de sus eventuales afiliados.

Continuando con lo que es tema de apelación, también debe esta Sala, señalar que, la declaración de ineficacia del traslado de la actora al RAIS, desconoce los principios de solidaridad, eficiencia y sostenibilidad financiera, por cuanto la orden de devolución total de los aportes junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás, garantiza el derecho de los afiliados, sin generar desequilibrios pensionales, como ya lo indicó la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de justicia, al señalar que, la ineficacia *“implica que las cosas vuelvan al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera acontecido; por tanto, a Colpensiones se le reintegrarán todos los recursos con los cuales se financiará el eventual derecho pensional acorde con las reglas del RPM, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas o que se configure un detrimento en el fondo común en ese régimen”* (CSJ SL2877-2020).

Finalmente, en cuanto la adición del fallo apelado, que pidió COLPENSIONES, para que se indique que esa Administradora, sólo puede cumplir con las órdenes impuestas con el *a quo*, una vez COLFONDOS S.A., traslade la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la actora, con los demás emolumentos; considera la Sala, que tal solicitud no cumple con las exigencias fijadas en los artículos 285 y 287 del CGP, aplicables al procedimiento laboral, por remisión del artículo 145 del CPTSS; máxime cuando, claramente el Juez de Primer Grado, en su decisión, fijó un límite temporal, para que la AFP, haga la devolución de todos los dineros a nombre de la demandante, con la correlativa obligación de COLPENSIONES, de recibir y reajustar la historia laboral de la señora ORJUELA PINZÓN recibidos los mismos.

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

Costas en esta Instancia, a cargo de COLPENSIONES, en los términos del artículo 365 del CGP, al no haber prosperado los argumentos de su apelación. Las de Primera Instancia se confirman.

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

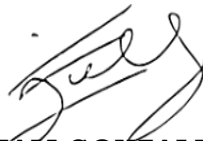
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de abril de 2023 por el Juzgado Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral de Primera Instancia, promovido por **CLAUDIA JANET ORJUELA PINZÓN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta Instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.160.000.00, a favor de la actora. Las de Primera Instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



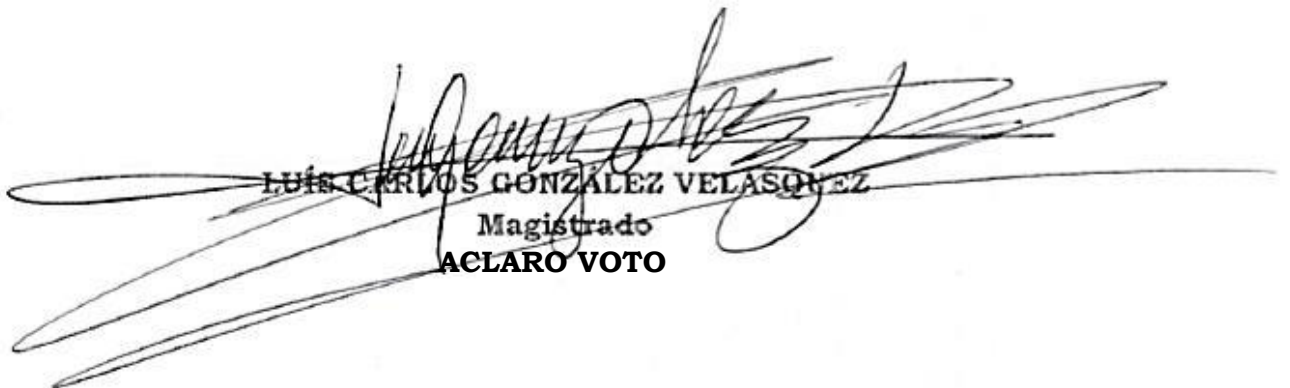
JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO

Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ

Magistrado

ACLARO VOTO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

ACLARACIÓN DE VOTO

MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

PROCESO ORDINARIO LABORAL No 007 2022 00041 01 DE CLAUDIA JANET ORJUELA PINZÓN CONTRA COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.

Con el debido respeto por mis compañeros de Sala, debo manifestar mi desacuerdo con la decisión mayoritaria adoptada en proveído del 30 de noviembre de los corrientes.

En la sentencia de Primera Instancia se declaró la ineficacia del traslado que efectuó la señora ORJUELA PINZÓN al RAIS y como consecuencia se dispuso su retorno al RPM con todas las sumas de dinero que obran en su cuenta de ahorro individual, por lo que se le ordenó a Colpensiones recibirlas, sin que sea dable entender que esa orden constituye una condena contra la Administradora Colombiana de Pensiones, a efectos de dar aplicación a los postulados que prevé el art. 69 del CPTSS, pues declarar al demandante válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, se insiste, no implica ninguna condena a cargo de Colpensiones.

Por esta razón, en mi criterio, no se debió conceder el grado jurisdiccional de consulta.

Bajo estas consideraciones dejo sentada mi aclaración.



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ADRIANA BAUTISTA BORRAEZ contra REPRESENTACIONES INDUSTRIALES RDV LTDA Radicación No. 11001-31-05-024-**2018-00563**-01.

Bogotá D. C. veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia del 9 de marzo de 2021 proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad demandada antes referida con el objeto que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo por 1 año, entre el 16 de diciembre de 2009 y el 21 de marzo de 2018. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada al pago de la reliquidación de las primas de servicios y los intereses a las cesantías *“por los últimos 3 años laborados”*; las cesantías y los aportes a seguridad social *“(salud, pensión ARL, Caja, Sena e ICBF)”* desde el 15 de febrero de 2009 (sic) hasta el 21 de marzo de 2018; las vacaciones *“por los últimos 4 años laborados”*; la diferencia salarial entre los \$309.000 pagados como salario base y el salario mínimo legal mensual vigente desde el 16 de diciembre de 2009 hasta el 21 de marzo de 2018; las comisiones logradas y no pagadas por la suma de \$7.037.315; la devolución de todos los descuentos realizados por concepto de papelería y error de IVA no reportado a la DIAN por

la suma de \$1.415.827; *“la devolución de los descuentos no autorizados y descontados”*; *“la devolución de todos los descuentos realizados por encima de los límites legales”*; *“la devolución de los intereses sobre préstamos cobrados por encima de los legales”*; la indemnización por consignación incompleta de las cesantías desde el 15 de febrero de 2009 (sic) hasta el 21 de marzo de 2018 por valor de \$181.000.000; la sanción por el pago incompleto de los intereses a las cesantías *“por los últimos 3 años”*; la moratoria por *“el pago tardío de la liquidación final de contrato”* desde el 22 de marzo de 2018 hasta el 10 de mayo de 2018 *“es decir 49 días de mora”*; la indemnización moratoria por el pago incompleto de la liquidación final de contrato a la terminación de la relación laboral a partir del 11 de mayo de 2018 (sic) y hasta que se verifique el pago; la indexación; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales (PDF 05).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que se vinculó con la demandada dentro de los extremos antes señalados; que el cargo desempeñado fue el de asesor industrial; que el contrato finalizó por su renuncia voluntaria; que se pactó una jornada de trabajo de lunes a viernes de 7:45am a 5:30pm y los sábados de 7:45am a 12:pm; que se pactó un salario básico de \$309.000 el cual *“estaba sometido a una jornada ordinaria”*; que este salario se mantuvo invariable durante toda la relación laboral *“sin que se dieran los reajustes que el gobierno decreta cada año”*; que en febrero de 2011, a través de un memorando, el empleador le recordó que *“la hora de visita de clientes es de 8:000am a 4:30pm y en la jornada de 4:30pm a 5:30pm sería el horario de oficina”*; que en el contrato también se pactaron comisiones por ventas; que el pago de la remuneración se realizaba de la siguiente manera: *“en la primera quincena el 50% del salario mínimo mensual vigente, en la segunda quincena el otro 50% del salario mínimo mensual vigente, más las comisiones alcanzadas en el corte del mes inmediatamente anterior al pago”*; que también se estipuló en el contrato de trabajo que devengaría el 4% de comisiones sobre el valor que efectivamente ingresara a tesorería si el pago se realizaba de contado y el 2% de comisiones cuando la empresa facturara al cliente si las ventas se hacían a crédito; que tenía el compromiso de realizar acciones de cobro de cartera cuando la venta se realizaba a crédito y si lograba *“el cobro del saldo a crédito dentro de los 90 días calendario siguientes a la venta, obtendría el otro 2% adicional, para un total del 4%”*; que si no lograba el cobro del crédito dentro de los 90 días siguientes a la venta, además de no recibir el 2% adicional el empleador le descontaba el 2% que ya había recibido al momento de la venta; que por presión de los trabajadores, a partir del 21 de julio del 2010,

el periodo de recaudo por venta a crédito aumentó de 90 a 105 días; que durante la relación laboral no le pagaron la suma de \$7.037.315 desde enero de 2010 hasta la fecha de terminación del contrato *“representado en el 2% de comisiones, por pagos de clientes con fecha posterior a 105 días desde la facturación”*; que no le fue pagada la suma de \$1.854.408 desde agosto de 2013 hasta la fecha de terminación del contrato *“representado en descuento por llegadas tarde, más multas por llegada tarde”*; que le descontaban sin autorización *“el valor de los artículos que se elaboraban para exhibir a los clientes, cuando éstos no terminaban aceptándolo”*; que en julio de 2017 le descontaron la suma de \$52.000 por una manguera de aire vacío verde de ½ KMV-038 que salió del almacén y fue devuelta por error de pedido del cliente; que le descontaron la suma de \$63.805 más impuesto de IVA por un tablero que elaboró para un cliente y fue devuelto según remisión No.177670 del 3 de abril de 2018; que el empleador descontaba sin su autorización el valor de las remisiones, facturas o cheques que por error se diligenciaban; que las cesantías anuales y los aportes a seguridad social eran liquidados teniendo en cuenta el salario base más las comisiones causadas; que la demandada le realizó una serie de préstamos sobre los cuales se pactó el pago del 5% de interés sobre el capital inicial en las siguientes fechas y por los siguientes valores: el 4 de enero de 2017 por la suma de \$2.000.000, el 9 de mayo de 2017 por la suma de \$1.000.000, y el 18 de noviembre de 2017 por la suma de \$1.000.000; por último indica que el pago de la liquidación final de prestaciones sociales fue entregada hasta el 10 de mayo de 2018.

3. La demanda se presentó el 20 de septiembre de 2018 (PDF 08); con auto del 29 de noviembre siguiente el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la admitió y ordenó notificar a la demandada. La diligencia de notificación se cumplió el 23 de enero de 2019 (PDF 15).
4. La demandada contestó indicando que no se oponía a la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo del 16 de diciembre de 2009 al 21 de marzo de 2018, se opuso a las demás pretensiones. En cuanto a los hechos, reconoció la existencia del contrato de trabajo a término fijo de un (1) año dentro de los extremos señalados por la actora; que el contrato finalizó por renuncia de esta; que el cargo desempeñado por la trabajadora fue de asesor industrial; que en el contrato de trabajo se estipuló la jornada laboral de lunes a viernes de 7:45am a 5:30pm y los sábados de 7:45am a 12:pm pero aclaró que la actora *“tenía la posibilidad de ajustar su tiempo en la medida en que gran parte de su labor se desempeñaba por fuera de las instalaciones del empleador”*; que en

febrero de 2011 en virtud de la facultad disciplinaria que le asistía y teniendo en cuenta el reiterado y sistemático incumplimiento de la demandante, emitió una carta recordatoria de cumplimiento de su horario laboral; que en el contrato se pactó el pago de comisiones por ventas; que las fechas de corte de las comisiones eran el día 21 de cada mes hasta el día 20 del mes siguiente; que se pactó el pago del 4% de comisiones sobre el valor que efectivamente ingresara a tesorería cuando la venta se realizaba de contado y un 2% adicional si lograba el cobro del saldo a crédito dentro de los 90 días siguientes a la venta; que “dejó de cancelar la suma de \$1.854.408” desde agosto de 2013 hasta la fecha de terminación del contrato de trabajo representados en descuentos por llegadas tardes más las multas por este mismo concepto; y que liquidó no solo las cesantías y aportes al sistema de seguridad social, sino todos los derechos laborales con un ingreso base de liquidación que incluía el salario base más las comisiones devengadas mensualmente; frente a los demás hechos manifestó que no eran ciertos. Propuso en su defensa como excepciones de fondo las que denominó así: i) prescripción, ii) inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, iii) buena fe, iv) enriquecimiento sin causa, v) la genérica y vi) falta de causa (PDF 16).

5. Con auto del 22 de julio de 2019 se tuvo por contestada y se convocó a las partes a las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS para el 6 de febrero de 2020; en esa fecha se agotaron todas las etapas contempladas en el artículo 77 ibidem y se instaló la audiencia del artículo 80 ibidem en la cual se practicaron los interrogatorios de parte, los testimonios de Vilma García Muñoz, Catherine García, Angie Hernández y Yimi Sánchez, se escucharon los alegatos de conclusión y se suspendió la audiencia para el día 9 de marzo de 2020; en esta fecha se tuvo conocimiento del fallecimiento de la actora, se declaró la sucesión procesal en los términos del artículo 68 del CGP teniendo como sucesor procesal a Nicolás Galindo Bautista como hijo, y se profirió la sentencia que puso fin a la primera instancia (Archivo 27).
6. El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 9 de marzo de 2021, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes que se desarrolló entre el 16 de diciembre de 2009 y el 21 de marzo de 2018, ordenó el pago de las diferencias salariales entre septiembre de 2015 y marzo de 2018 por un valor de \$12.468.190; la reliquidación de primas de servicios por \$977.389; la reliquidación de los

intereses a las cesantías por \$248.000; la reliquidación de las vacaciones por el periodo comprendido entre el 20 de septiembre de 2014 y el 21 de marzo de 2018 por un valor de \$284.982; y por concepto de cesantías causadas durante toda la relación laboral la suma de \$2.133.443; todas las anteriores sumas debidamente indexadas; condenó a la demandada al pago de *“las diferencias resultantes entre el IBC reportado y el ajuste del salario básico pactado al salario mínimo mensual vigente para cada periodo aquí ordenado, suma que deberá ser consignada al fondo de pensiones indicado por la demandante o en su defecto a COLPENSIONES”*; absolvió a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra y la condenó en costas fijando las agencias en derecho en 2 SMLMV (PDF 28).

7. La anterior decisión fue apelada por los apoderados de ambas partes.

El apoderado de la **demandante** señaló: *“Lo primero sobre el tema de la prescripción de los salarios, la juez condenó únicamente a la reliquidación de los últimos 3 años, sí, he sabido que el artículo 488 y el 151 del Código Procesal del Trabajo establecen la prescripción de los derechos laborales, pero aquí estamos hablando es del salario de la trabajadora, entonces si se recibe ese argumento, pues estaríamos hablando de un enriquecimiento sin causa, y aparte de eso, pues para mí, para mí personalmente y esto se lo se lo manifiesto al Tribunal, eso sí sería una patente de corso para que otros empleadores... recibido este fallo o estudiado este fallo en un momento determinado, pues siga en esa misma línea de conducta o esa mala praxis que hizo el empleador al no cancelar el salario completo, por lo tanto, pues solicito al Tribunal que no se le dé acogida a la prescripción de los últimos 3 años en cuanto al tema del salario, porque aquí estamos hablando de lo neurálgico y estructural de la relación de trabajo como lo es el salario y el salario estuvo durante toda la relación laboral de la trabajadora estuvo afectado por esa presunta mala información o esa presunta mala asesoría que tenía el empleador al creer que con el hecho de tener unas comisiones que sumaban el salario pero no tuvo en cuenta lo del tema del horario que ya lo habíamos citado incluso en la demanda fuera de acojo para librarse de esa condena, entonces, pues solicito muy respetuosamente al Tribunal que para el caso de la prescripción de los salarios, se tenga en cuenta todo el tiempo y no los últimos 3 años, pues como lo determina el despacho. Ahora, hubo una situación que se da ahí de seguido, si ya se demostró que el empleador pagó el salario incorrectamente, el salario básico, pues hay una consecuencia necesaria a eso y es que el pago de las cesantías también se hizo de manera deficitaria durante todo el tiempo a la relación laboral, yo cité tanto en la demanda como en los alegatos varias sentencias porque la Corte Suprema de Justicia en Sala Laboral ha mantenido su línea y ha indicado que la sanción es la misma, es decir, el hecho de no consignar las cesantías al hecho de consignarlas por debajo del valor que corresponde, eso da para la sanción establecida o la moratoria establecida en el artículo 99 de la Ley 50 del 90, un día de salario por cada día de retraso, y también mantiene la misma línea jurisprudencial la Corte cuando dice que en el caso de las cesantías no aplica la prescripción, es decir, la sanción aplica por todo el tiempo de la relación laboral siempre y cuando la reclamación se haga 3 años después o dentro de los 3 años de terminada la relación laboral, entonces si se condena una cosa, necesariamente se debería condenar a la otra, entonces, si se sabe que el trabajador o el empleador no canceló los salarios como debidamente los debió cancelar, pues entonces necesariamente la consecuencia necesaria es que también se condene al*

pago de las moratorias por todo el tiempo de la relación laboral porque así lo establece la norma, así lo establece la jurisprudencia, perdón, así lo establece la jurisprudencia. Entonces solicito muy respetuosamente al Tribunal que le dé acogida a estas dos sanciones porque se expusieron argumentativamente y con base en la jurisprudencia vigente y en la jurisprudencia que mantiene la Corte Suprema de Justicia sobre esa situación específica. Por último, el tema del pago de la moratoria del artículo 65 por el pago tardío, pues nos dice el despacho que el empleador demostró que el empleador tuvo una errada interpretación de la norma, recuerden que yo cité en mis alegatos de conclusión la sentencia SL51507 del 6 de diciembre del 2017, donde la corporación explicó que la buena fe no depende de la prueba formal de los convenios, de los contratos, de los acuerdos que se hagan con los trabajadores, ni tampoco de la simple afirmación que haga el demandado de creer que estaba actuando conforme a derecho, eso no acredita la buena fe, por lo tanto, esa es una situación en la cual da para que se condene a esa moratoria del artículo 65 y da para que se condene a la moratoria por el pago deficitario de las cesantías por todo el tiempo laborado, en ese sentido, pues acojo parcialmente la decisión del despacho sobre las condenas impuestas: la de la prima, la de las vacaciones, pues sí, ahí sí no hay nada que hacer para el trabajador, pues los empleadores seguirán abusando continuamente de los derechos de los trabajadores y sólo podrán reclamar los últimos 3 años porque pues ahí sí son normas específicas y sobre las cuales, pues la jurisprudencia no ha tenido ningún pronunciamiento como sí lo ha hecho para el caso específico de las cesantías, cuando no se consignan o cuando se consignan de manera deficitaria, en ese sentido, dejo planteado mi recurso para que el Tribunal decida en ese sentido y acoja los postulados que estoy manifestando en este momento en ese sentido, del resto, pues igual”

El apoderado de la **demandada** solicitó revocar “las condenas impuestas a cargo de Representaciones Industriales RDV y se sirva confirmar las absoluciones adoptadas por el despacho de primera instancia con fundamento en la siguiente manifestación; y es que se discrepa de la tesis adoptada por el despacho para sustentar la condena impuesta a Representaciones Industriales RDV en el sentido que como se indicó y como lo declaró el despacho, la remuneración de la demandante estaba conformada por una parte fija y por una parte variable, variable que dependía de las comisiones y de los resultados de la de la señora Adriana Bautista Borraez, que en paz descanse, estos dos componentes del salario hacía que la remuneración devenga por la demandante siempre fuera superior al salario mínimo, la demandante nunca devengó una suma inferior al salario mínimo y por tanto, no era dable que el despacho concluyera la condena pues que impuso a cargo de representaciones industriales RDV. Si bien, en ocasiones la compañía en su calidad de empleador efectuó algunos procesos disciplinarios que conllevaron a multas por el incumplimiento de la demandante en cuanto al horario, debe señalarse que la exigencia del cumplimiento del horario a cargo de la demandante no era una cuestión de todos los días, sino que era estos procesos disciplinarios que derivaban en esta sanción que fue fundamento para determinar el despacho que se encontraba atada la labor que prestaba la demandante al cumplimiento de un horario en jornada completa, debe decirse que no es no era una situación que ocurriera todos los días, sino que ocurría en días específicos, cuando, por ejemplo, la demandante tenía que asistir previamente a la oficina a las instalaciones del empleador para tener reuniones particulares o para atender otras diligencias propias de la oficina, porque en lo que correspondía al resto de la relación laboral, la demandante pues tenía libertad de escoger su tiempo, a pesar de ser un trato de trabajo, la demandante tenía la disponibilidad y la autonomía de decidir a qué lugar llegaba primero y en qué hora, pues en su calidad de asesora comercial, ella podía disponer de un horario para con su cliente y pues por esta razón no debe predicarse la exigencia de una jornada completa como lo predicó el despacho aún a pesar de la

existencia de ciertas sanciones por llegadas tarde que como se insiste, eran ocasionales y que ocurrían cuando la misma demandante disponía que su horario empezaría por una reunión en la oficina; entonces con fundamento en esta situación, no es dable predicar que para el caso particular de la de la señora Adriana Bautista, pues estuviera atada su labor a una jornada completa, como lo predicó el despacho. En lo demás, pues no hay ningún reparo frente a la decisión, pues solicitando comedidamente al Tribunal que analice particularmente esta situación y verifique que efectivamente la demandante nunca devengó una suma inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, dado que su salario estaba compuesto por dos componentes, el básico y el variable, variable que estaba conformado por factores salariales como son las comisiones, y por tanto, se sirva revocar las condenas impuestas a representaciones industriales RDV”.

8. Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con auto del 7 de abril de 2021 se admitieron los recursos de apelación; luego, con auto del 19 de agosto de 2022, dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022 y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (PDF 05); concurrieron ambas.

El apoderado de la **demandante** solicita que se modifique el fallo de primera instancia en el sentido de condenar a la demandada al pago de la reliquidación de salarios, la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por todo el tiempo de la relación laboral, y al pago de la moratoria del artículo 65 del CST como quiera que sí hubo mala fe de la demandada. Expuso que la a quo dio por demostrado, sin estarlo, que el empleador actuó de buena fe pues encontró que siempre garantizó el pago del salario mínimo con las comisiones, argumento que, a su juicio, no puede ser de recibo pues el actuar del empleador lesiona y transgrede derechos ciertos e indiscutibles del trabajador; que la errada interpretación del empleador sobre los artículos 127 y 128 del CST tampoco justifica su actuar, pues nunca fue corregida y se mantuvo en el tiempo durante casi 10 años; y por último, que la a quo exigió una carga excesiva a la demandante al pretender que los derechos fueran reclamados durante la relación laboral, cuando la identificación de los derechos solo puede realizarse por un profesional en la materia, esto es en derecho laboral.

Por su parte, el apoderado de la **demandada** solicita que se revoquen los numerales 2, 3 y 5 del fallo de primera instancia por no encontrarse ajustados a los supuestos fácticos y jurídicos demostrados en el proceso. De esta forma indica que durante toda la vigencia del contrato de trabajo le garantizó a la demandante por concepto de salario una suma de dinero que

nunca fue inferior al salario mínimo legal mensual vigente, pues de forma libre y voluntaria las partes pactaron un salario conformado por dos componentes, uno que correspondía al salario básico, y otro conformado por las comisiones, factores que al sumarlos superaban ampliamente el salario mínimo de cada anualidad. Por otro lado, afirma que, aunque en el contrato de trabajo se estipuló un horario de trabajo, la demandante tenía la posibilidad de ajustar su tiempo en la medida en que gran parte de su labor la desempeñaba por fuera de las instalaciones de la empresa. De esta forma, precisa que la jornada no se encontraba sujeta al pago del salario mínimo legal (sic), sino también al pago de unas comisiones que superaban ampliamente el SMLMV. Por último, refiere que algunos de los derechos solicitados en el escrito de la demanda se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción pues la reclamación se realizó con posterioridad al término trienal contemplado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante la jueza de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver, por parte de la demandada son: *i)* determinar si la demandante prestó sus servicios en cumplimiento de la jornada máxima legal como lo estableció la a quo, o si por el contrario, como lo afirma el apelante, no se exigió el cumplimiento de un horario determinado y, en concomitancia con lo anterior, *ii)* establecer si el pacto sobre el salario celebrado por las partes se encuentra conforme a la ley, y por tanto, no hay lugar a las condenas de salarios y prestaciones sociales, o si, como lo concluyó la a quo, el empleador, ante la asignación de una jornada máxima de trabajo debió garantizar como salario base el valor equivalente al SMLMV para cada anualidad, y de esta forma deben mantenerse las condenas de primera instancia. Por parte de la demandante: *iii)* dilucidar si la a quo se equivocó al dar aplicación al fenómeno de la prescripción sobre la reliquidación de los salarios e indemnización moratoria por no consignación de las cesantías a

un fondo de cesantías y, iv) determinar si es procedente la condena de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST por el pago deficitario de los salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

Sea preciso advertir, en lo que interesa a la resolución de los recursos, que se encuentra probado dentro del expediente y por tanto no es materia de discusión que la demandante se vinculó con la demandada a través de un contrato de trabajo a término fijo de 1 año que inició el 16 de diciembre de 2009 y finalizó el 21 de marzo de 2018 por renuncia voluntaria de la trabajadora; que el cargo desempeñado por esta fue de asesor industrial; que en febrero de 2011 la demandada emitió a la actora una carta recordatoria de cumplimiento de su horario laboral; que en el contrato se pactó el pago de comisiones por ventas correspondientes al 4% sobre el valor que efectivamente ingresara a tesorería cuando la venta se realizaba de contado y un 2% adicional si lograba el cobro del saldo a crédito dentro de los 90 días siguientes a la venta, término que posteriormente se amplió a 105 días; y que la demandada liquidó las cesantías y aportes al sistema de seguridad social con un ingreso base de liquidación que incluía el salario base más las comisiones devengadas mensualmente.

Con relación al primer problema jurídico, en lo concerniente a determinar si la demandante prestó sus servicios en una jornada determinada como lo estableció el a quo, o si por el contrario, como lo afirma el apelante *“la demandante tenía la disponibilidad y la autonomía de decidir a qué lugar llegaba primero y en qué hora, pues en su calidad de asesora comercial, ella podía disponer de un horario para con su cliente y pues por esta razón no debe predicarse la exigencia de una jornada completa”*, cabe mencionar que en la sentencia de primera instancia la jueza encontró acreditado, con las pruebas aportadas, que la demandante debía cumplir con la jornada máxima legal de trabajo, y es por esa razón que concluyó que el empleador debió garantizar el pago del salario mínimo durante toda la relación laboral, circunstancia que, a su juicio, no se cumplió al haber pactado como salario base una suma *“abiertamente inferior a un salario mínimo legal mensual vigente”*. Este punto se encuentra íntimamente relacionado con el siguiente problema jurídico relacionado con la validez del pacto con relación a la modalidad de pago de la remuneración por el servicio prestado, por esta razón la Sala pasa a resolver en primer lugar, la inconformidad relacionada con el horario de trabajo

de la demandante, para luego abordar el estudio sobre la modalidad y forma de retribución.

Con relación a este punto, la Sala no encuentra errada la conclusión a la que llegó la a quo en cuanto determinó que la demandante debía cumplir un determinado horario en virtud del contrato de trabajo celebrado con la demandada. Esto es así, pues las pruebas aportadas al expediente así lo acreditan, ya que la demandante debía laborar de lunes a viernes, de 7:45am a 5:30pm y los días sábados de 7:45am a 12:00pm, lo que, a su vez, demuestra cualquier ausencia de autonomía e independencia para el cumplimiento de las funciones por parte de la trabajadora. Esta conclusión encuentra respaldo principalmente en el contrato de trabajo del 16 de diciembre de 2009 en el que las partes estipularon en la cláusula sexta que *“EL TRABAJADOR se obliga a laborar la jornada ordinaria en los turnos y dentro de las horas señaladas por EL EMPLEADOR, pudiendo hacer éste ajustes o cambios de horario cuando lo estime conveniente...”*; aunque en dicho documento no se estableció el horario específico, sí queda claro que desde la celebración del contrato de trabajo, las partes acordaron que el empleador estipularía un horario determinado y que la trabajadora debía acatar el mismo.

Esta prueba debe analizarse en conjunto con el memorando del 4 de febrero de 2011 en el que la directora comercial de la demandada, Catherine García, le indicó a la demandante los *“requisitos para pago de comisiones, visitas y manejo de clientes”*; en este documento, entre otras cosas manifestó lo siguiente: *“El horario de visitas a los clientes es de 8:00am a 4:30pm y de 4:30pm a 5:30pm hora de oficina, si en la reunión no se dispone ninguna visitas al día siguiente deberán (sic) llegar a las 7:45am a la oficina”*, este horario también fue reiterado por la testigo Vilma García Muñoz, socia y gerente administrativa y financiera de la demandada, quien indicó en una de sus respuestas que la demandante debía llegar a la oficina a las 7:45am salvo que tuviera alguna cita con un cliente, en ese evento no llegaba a la oficina directamente sino que acudía a la cita con el cliente; sin embargo, también señaló que esta circunstancia se presentaba cuando el día anterior a la cita con el cliente la demandante comunicaba la agenda del día siguiente o informaba por qué razón no llegaría a la oficina directamente, pues si no informaba sobre las reuniones que tenía con clientes y tampoco llegaba a la oficina a las 7:45am, entonces se tenía como una llegada tarde. Esto también fue ratificado por la testigo Catherine Alison García, quien trabajó para la compañía demandada por 20 años y afirmó que el horario en el que la

demandante debía cumplir sus funciones era de lunes a viernes de 7:45am a 5:30pm y los sábados de 7:45am a 12:00pm; también se refirió al manejo de la agenda e indicó que ella era la encargada de recibir los reportes de los asesores de ventas sobre las actividades diarias, de esta forma si los asesores le informaban que tenían reuniones con clientes y que no iban a ingresar a la empresa a las 7:45am, pues no se registraba un retardo, pero si no comunicaban tal situación y tampoco llegaban a las 7:45am a la empresa, se les hacía la amonestación pertinente; finalmente afirmó que la demandante llegó en repetidas oportunidades tarde, aserción que realizó también la testigo Angie Hernández e incluso el mismo representante legal de la demandada al señalar que en varias ocasiones realizó *“llamados verbales”* a la demandante por las llegadas tarde.

De esta forma, la Sala encuentra que el acervo probatorio en su conjunto acredita que la demandante sí se encontraba sometida al cumplimiento de un horario para el desarrollo de sus funciones, el cual fue reiterado de forma escrita a través de la directora comercial y también era conocido por sus compañeras de trabajo, específicamente por la testigo Catherine García, quien refirió que el horario de trabajo de la demandante era de lunes a viernes de 7:45am a 5:30pm y los días sábados de 7:45am a 12:00pm. Es tan clara la obligación de cumplimiento de un horario de trabajo por parte de la demandante que el representante legal de la demandada y las testigos Vilma García, Catherine García y Angie Hernández manifestaron que la demandante llegó en muchas oportunidades tarde, y como consecuencia de ello le eran impuestas multas por llegadas tarde de conformidad con lo establecido en el RIT.

Ahora, se observa que la demandada al pronunciarse frente al hecho sexto de la demanda, también reconoció como cierto que el horario de trabajo de la demandante era de lunes a viernes de 7:45am a 5:30pm y los días sábados de 7:45am a 12:00pm y aclaró que si bien el contrato de trabajo establecía el horario aplicable a la demandante, ella *“tenía la posibilidad de ajustar su tiempo en la medida en que gran parte de su labor se desempeñaba por fuera de las instalaciones del empleador, realizando visitas a clientes”*; no obstante, las manifestaciones realizadas por las testigos Vilma García, Catherine García y Angie Hernández acreditan que aunque la demandante cumplía ciertas funciones por fuera de la empresa, de todas formas debía informar y reportar la agenda que seguiría con relación a la visita de clientes, tan es así que en el memorando del 4 de febrero de

2011, se le recordó que la visita de clientes era de 8:00am a 4:30pm y que después de eso debía regresar a la oficina para culminar la jornada de trabajo hasta las 5:30pm; estas razones resultan suficientes para confirmar la decisión adoptada por la a quo frente a este tema, esto es, que la demandante cumplía con la jornada máxima legal, pues si se tiene en cuenta que durante la jornada el empleador reconocía al menos una hora de almuerzo, al cabo de una semana habría trabajado por un término de 47 horas y 30 minutos.

Continuando entonces con el segundo problema jurídico, que consiste en establecer si el pacto sobre el salario celebrado por las partes se encuentra conforme a la ley, o si, como lo concluyó la a quo, al haber encontrado acreditado el cumplimiento de una jornada máxima legal, el empleador debió garantizar como salario base el valor equivalente al SMLMV para cada anualidad, resulta pertinente recordar que el artículo 132 del CST establece que *“El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales”*; con base en este artículo la jueza concluyó que el empleador debió garantizar como salario base de la demandante el SMLMV y no la suma de \$309.000 como se indicó en el contrato de trabajo, pues su remuneración se encontraba atada necesariamente a una unidad de tiempo, por tal motivo encontró acertada la reclamación de la demandante y ordenó la reliquidación de las prestaciones sociales que no se encontraban afectadas por el fenómeno de la prescripción teniendo en cuenta como factor salarial la diferencia entre la remuneración fija pactada y el SMLMV para cada año. En realidad lo que la juez plantea es que en las relaciones laborales en que conviene una jornada máxima, el salario base no puede ser inferior al salario mínimo legal, pero esta tesis, a juicio del Tribunal, no encuentra sustento en nuestro sistema normativo y deja sin efecto la posibilidad de que las partes convengan que el salario esté constituido solo por comisiones, lo cual no resulta descabellado ni ajeno a las dinámicas propias del acuerdo sobre salario. La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un aparte del fallo de enero 26 de 1972 dijo: *“No pugna con ningún precepto sustantivo laboral el que las partes fijen como remuneración del trabajo un porcentaje de las comisiones y bonificaciones retributivas del mismo, siempre que no resulten inferiores al mínimo legal.”*

Pues bien, para abordar este punto, la Sala encuentra pertinente realizar una aclaración, y es que de acuerdo a lo probado en el expediente, y así lo

concluyó la jueza en la sentencia de primera instancia, la demandante autorizó expresamente al empleador para que realizara una serie de descuentos de su nómina, específicamente para cubrir los gastos por productos devueltos o por error en los pedidos de los clientes durante el año 2017 y hasta marzo de 2018, así como descuentos por libranza debido a préstamos solicitados por la demandante los días 4 de enero de 2017, 19 de mayo de 2017 y 18 de noviembre de 2017; de suerte que, al momento de analizar el valor total del salario reconocido por el empleador a la demandante es relevante considerar este sustento esencial del fallo, que no fue atacado por los apelantes y por ende no se analizará la legalidad de los mismos, pues aunque la demandada procediera a realizar descuentos por estos conceptos autorizados expresamente por la trabajadora, debe entenderse que ese dinero descontado también era parte del salario, en tanto dichos descuentos se realizaban para cubrir obligaciones adquiridas por la misma trabajadora. De allí que al momento de analizar el ingreso de la trabajadora debe observarse los valores que el demandado reconocía como retribución directa del servicio prestado (salario y comisiones) y no estrictamente el neto a pagar que se evidencia en cada uno de los desprendibles de nómina.

De esta forma, al revisar las pruebas aportadas al expediente, la Sala encuentra que en el contrato de trabajo las partes estipularon en el encabezado como salario básico la suma de “\$309.000 MAS COMISIONES, VER ANEXO DE CONDICIONES”; así mismo se anexó al contrato las condiciones en las que se pagaría la remuneración así:

“Remuneración: La remuneración del trabajador está compuesta por:

- a) Salario básico: \$309.000 TRESCIENTOS NUEVE MIL PESOS M/CTE.*
- b) Transporte y/o rodamiento de vehículo por visita a clientes de acuerdo a informe de visitas que se ha presentado cada mes, este monto no hace parte de la base salarial para la liquidación de prestaciones sociales.*
- c) Se reconocerá mensualmente un bono celular por valor de \$30.682 mensuales.*
- d) El recaudo es realizado a cada cliente por el asesor comercial asignado y hasta el día que éste sea empleado de la empresa.*
- e) Cuando las ventas sean de contado, el trabajador recibirá una comisión del cuatro por ciento (4%) calculado sobre el valor que efectivamente ingrese a la tesorería de la empresa.*
- f) El porcentaje será calculado sobre el valor básico de la venta, es decir, antes del IVA.*
- g) Siempre que se realicen ventas a crédito, una vez que el comprador haya llenado los requisitos que la empresa tiene establecido, se pagará al trabajador 2% de comisión sobre el valor de la factura antes de IVA al momento de facturar; el trabajador adquiere la obligación formal y contractual de recaudar el valor facturado al cliente, dentro de los siguientes 90 días calendario de acuerdo con la fecha de cada factura.*

*Por lo tanto, si el recaudo se hace efectivo dentro de los siguientes 90 días, la empresa reconocerá al trabajador, una comisión del 2% sobre el valor que efectivamente ingrese a la tesorería.
Si el recaudo se realiza posterior a los 90 días calendario no le será reconocida ninguna comisión de recaudo al trabajador, y le será descontado el 2% de la comisión de venta que se le pagó, en la siguiente liquidación de comisiones”.*

Lo indicado en esta cláusula fue explicado también por los testigos Yimi Sánchez, Angie Hernández, Catherine García y Vilma García, quienes de forma unánime indicaron que el salario de la demandante se encontraba conformado por una base de \$309.000, que se mantuvo igual durante toda la relación laboral más un 2% de comisiones por ventas y un 2% de comisiones por recaudo cuando el mismo se realizaba dentro de los 90 días siguientes a la facturación del producto; también indicaron que posteriormente ese plazo se amplió a 105 días para beneficio de los trabajadores. Aunado a ello, las tres de las testigos antes mencionadas manifestaron que en varias oportunidades la demandante no realizaba el recaudo dentro del periodo determinado por la compañía, sin embargo, al ser una persona de confianza, que llevaba tantos años trabajando en la empresa, siempre se le reconocieron las comisiones de los negocios trabajados por ella, incluso si el recaudo se recibía luego de haber transcurrido los 105 días desde la venta.

También cabe resaltar que las testigos Vilma García y Angie Hernández precisaron que aunque en el contrato de trabajo se había establecido que cuando no se recibía el recaudo se descontaría a la trabajadora el 2% de las comisiones recibidas al momento de la venta si el recaudo no se realizaba dentro del periodo establecido, lo cierto es que ese tema nunca se manejó de esa forma, siempre se pagaron las comisiones a la trabajadora y nunca se le descontó alguna suma por las comisiones ya pagadas. Aunado a esto, la Sala no puede desconocer que, al ser cuestionada la demandante sobre su remuneración para que indicara si lo percibido mensualmente era superior al SMLMV, indicó “es cierto porque con las comisiones superaba el valor, pero mi salario básico siempre fueron los 309.000”, incluso en otra de sus respuestas aclaró que recibía un promedio de \$1.500.000 mensuales sumando el salario básico más las comisiones y aclarando que hubo meses en los que recibía menos y otros en los que recibía más.

Las manifestaciones realizadas por la demandante encuentran respaldo en cada uno de los comprobantes de nómina que fueron aportados tanto con el escrito de la demanda como con el escrito de contestación. Al revisarlos,

resaltando que se encuentran casi en su totalidad, se advierte que durante la relación laboral la demandante siempre recibió como remuneración pagos superiores al SMLMV para cada anualidad salvo en el mes de diciembre de 2009; en este mes la demandante laboró por un periodo de 15 días por los cuales recibió la suma de \$154.50 por concepto de salario básico más \$33.086 por concepto de comisiones para un total de \$187.586; sin embargo, el salario mínimo para el 2009 era de \$496.900, lo que indica que al dividirlo de forma proporcional por el número de días trabajados, el empleador debió reconocer por lo menos el valor de \$248.450, encontrando una diferencia en favor de la demandante por la suma de \$60.864.

Respecto de los demás meses, durante todo el tiempo laborado, la Sala encuentra que la demandante recibió valores superiores al SMLMV de acuerdo a los días trabajados. También se evidencia que en algunos meses el empleador pagó menos días de salario porque estaba reconociendo el valor de las vacaciones, por ejemplo en marzo de 2015 el empleador reconoció 9 días de salario el cual estaba compuesto por una suma básica proporcional de \$92.700, unas comisiones de \$467.305 para un total de \$560.005; adicionalmente, pagó a la demandante la suma de \$1.007.910 por concepto de vacaciones, las cuales debe entenderse que fueron disfrutadas, pues ninguna inconformidad al respecto se planteó en la demanda, ni en el debate probatorio; para marzo de 2015 el salario mínimo correspondía a \$644.350 por un periodo de 30 días laborados, que corresponden a un promedio de \$21.478 diarios, y como quiera que la demandante recibió la suma de \$62.222 por cada día trabajado en marzo de 2015 (resultado de dividir \$560.005 en 9 días); esto demuestra que, incluso en este evento, el empleador reconoció una suma superior a la trabajadora como retribución por los 9 días trabajados. Para mayor claridad se presenta en el siguiente cuadro el salario mensual de la demandante (resultado de sumar el salario básico y las comisiones) en comparación con el SMLMV para cada anualidad:

AÑO	MES	SALARIO BÁSICO	COMISIÓN	DÍAS TRABAJ.	DÍAS DE LICENCIA	VACACIONES	SALARIO MENSUAL	SMLMV
2009	Diciembre	\$154.500	\$33.086	15	-	-	\$187.586	\$496.900
2010	Enero	\$309.000	\$777.772	30	-	-	\$1.086.772	\$515.000
	Febrero	\$309.000	\$1.018.469	30	-	-	\$1.327.469	\$515.000
	Marzo	\$309.000	\$918.324	30	-	-	\$1.227.324	\$515.000
	Abril	\$298.700	\$1.644.091	29	1	-	\$1.942.791	\$515.000
	Mayo	\$309.000	\$1.128.243	30	-	-	\$1.437.243	\$515.000
	Junio	\$309.000	\$934.965	30	-	-	\$1.243.965	\$515.000

	Julio	\$309.000	\$1.371.491	30	-	-	\$1.680.491	\$515.000
	Agosto	\$309.000	\$1.360.279	30	-	-	\$1.669.279	\$515.000
	Septiembre	\$309.000	\$1.461.430	30	-	-	\$1.770.430	\$515.000
	Octubre	\$309.000	\$794.760	30	-	-	\$1.103.760	\$515.000
	Noviembre	\$309.000	\$1.328.832	30	-	-	\$1.637.832	\$515.000
	Diciembre	\$309.000	\$1.860.061	30	-	-	\$2.169.061	\$515.000
2011	Enero	\$309.000	\$785.348	30	-	-	\$1.094.348	\$535.600
	Febrero	\$309.000	\$1.081.361	30	-	-	\$1.390.361	\$535.600
	Marzo	\$113.300	\$656.099	11	-	\$639.901	\$769.399	\$535.600
	Abril	\$309.000	\$989.935	30	-	-	\$1.298.935	\$535.600
	Mayo	\$309.000	\$1.730.146	30	-	-	\$2.039.146	\$535.600
	Junio	\$309.000	\$1.419.928	30	-	-	\$1.728.928	\$535.600
	Julio	\$309.000	\$1.141.512	30	-	-	\$1.450.512	\$535.600
	Agosto	\$309.000	\$1.306.361	30	-	-	\$1.615.361	\$535.600
	Septiembre	\$298.700	\$1.109.489	29	1	-	\$1.408.189	\$535.600
	Octubre	\$309.000	\$1.750.835	30	-	-	\$2.059.835	\$535.600
	Noviembre	\$309.000	\$1.495.489	30	-	-	\$1.804.489	\$535.600
	Diciembre	\$309.000	\$2.412.025	30	-	-	\$2.721.025	\$535.600
2012	Enero	\$309.000	\$1.410.738	30	-	-	\$1.719.738	\$566.700
	Febrero	\$309.000	\$2.160.029	30	-	-	\$2.469.029	\$566.700
	Marzo	\$309.000	\$1.071.197	30	-	-	\$1.380.197	\$566.700
	Abril	\$309.000	\$1.560.658	30	-	-	\$1.869.658	\$566.700
	Mayo	\$309.000	\$1.574.164	30	-	-	\$1.883.164	\$566.700
	Junio	\$309.000	\$1.423.230	30	-	-	\$1.732.230	\$566.700
	Julio	\$309.000	\$1.312.919	30	-	-	\$1.621.919	\$566.700
	Agosto	\$309.000	\$1.578.222	30	-	-	\$1.887.222	\$566.700
	Septiembre	\$309.000	\$1.753.141	30	-	-	\$2.062.141	\$566.700
	Octubre	\$82.400	\$523.375	8	-	\$1.255.907	\$605.775	\$566.700
	Noviembre	\$309.000	\$955.081	30	-	-	\$1.264.081	\$566.700
	Diciembre	\$309.000	\$1.301.933	30	-	-	\$1.610.933	\$566.700
2013	Enero	\$309.000	\$799.738	30	-	-	\$1.108.738	\$589.500
	Febrero	\$309.000	\$1.006.427	30	-	-	\$1.315.427	\$589.500
	Marzo	\$30.900	\$572.473	3	-	\$1.116.707	\$603.373	\$589.500
	Abril	\$309.000	\$1.315.521	30	-	-	\$1.624.521	\$589.500
	Mayo	\$309.000	\$895.900	30	-	-	\$1.204.900	\$589.500
	Junio	\$309.000	\$1.129.790	30	-	-	\$1.438.790	\$589.500
	Julio	\$309.000	\$1.456.826	30	-	-	\$1.765.826	\$589.500
	Agosto	\$309.000	\$1.121.267	30	-	-	\$1.430.267	\$589.500
	Septiembre	\$309.000	\$1.511.655	30	-	-	\$1.820.655	\$589.500
	Octubre	\$309.000	\$967.891	30	-	-	\$1.276.891	\$589.500
	Noviembre	\$309.000	\$1.287.923	30	-	-	\$1.596.923	\$589.500
	Diciembre	\$309.000	\$1.163.307	30	-	-	\$1.472.307	\$589.500
2014	Enero	\$309.000	\$1.222.204	30	-	-	\$1.531.204	\$616.000
	Febrero	\$309.000	\$1.322.996	30	-	-	\$1.631.996	\$616.000
	Marzo	\$82.400	\$597.990	8	-	\$886.188	\$680.390	\$616.000
	Abril	\$309.000	\$1.412.915	30	-	-	\$1.721.915	\$616.000
	Mayo	\$309.000	\$1.295.353	30	-	-	\$1.604.353	\$616.000
	Junio	\$309.000	\$1.064.423	30	-	-	\$1.373.423	\$616.000
	Julio	\$309.000	\$1.701.412	30	-	-	\$2.010.412	\$616.000
	Agosto	\$309.000	\$2.099.270	30	-	-	\$2.408.270	\$616.000
	Septiembre	\$309.000	\$1.523.234	30	-	-	\$1.832.234	\$616.000
	Octubre	\$154.500	\$890.025	30	-	-	\$1.044.525	\$616.000

	Noviembre	\$309.000	\$1.573.181	30	-	-	\$1.882.181	\$616.000
	Diciembre	\$309.000	\$1.334.270	30	-	-	\$1.643.270	\$616.000
2015	Enero	\$309.000	\$1.291.891	30	-	-	\$1.600.891	\$644.350
	Febrero	\$309.000	\$1.118.160	30	-	-	\$1.427.160	\$644.350
	Marzo	\$92.700	\$467.305	9	-	\$1.007.910	\$560.005	\$644.350
	Abril	\$309.000	\$1.417.964	30	-	-	\$1.726.964	\$644.350
	Mayo	\$309.000	\$731.021	30	-	-	\$1.040.021	\$644.350
	Junio	\$309.000	\$813.949	30	-	-	\$1.122.949	\$644.350
	Julio	\$309.000	\$1.225.300	30	-	-	\$1.534.300	\$644.350
	Agosto	\$309.000	\$932.396	30	-	-	\$1.241.396	\$644.350
	Septiembre	\$309.000	\$1.177.278	30	-	-	\$1.486.278	\$644.350
	Octubre	\$309.000	\$1.186.792	30	-	-	\$1.495.792	\$644.350
	Noviembre	\$309.000	\$1.319.388	30	-	-	\$1.628.388	\$644.350
	Diciembre	\$309.000	\$1.586.543	30	-	-	\$1.895.543	\$644.350
2016	Enero	\$309.000	\$1.435.526	30	-	-	\$1.744.526	\$689.455
	Febrero	\$309.000	\$2.113.253	30	-	-	\$2.422.253	\$689.455
	Marzo	\$72.100	\$1.673.766	7	-	\$1.039.034	\$1.745.866	\$689.455
	Abril	\$309.000	\$1.405.929	30	-	-	\$1.714.929	\$689.455
	Mayo	\$309.000	\$1.585.419	30	-	-	\$1.894.419	\$689.455
	Junio	\$309.000	\$1.257.246	30	-	-	\$1.566.246	\$689.455
	Julio	\$309.000	\$2.258.659	30	-	-	\$2.567.659	\$689.455
	Agosto	\$309.000	\$1.643.459	30	-	-	\$1.952.459	\$689.455
	Septiembre	\$309.000	\$1.066.049	30	-	-	\$1.375.049	\$689.455
	Octubre	\$309.000	\$1.917.136	30	-	-	\$2.226.136	\$689.455
	Noviembre	\$309.000	\$1.077.302	30	-	-	\$1.386.302	\$689.455
	Diciembre	\$309.000	\$1.036.950	30	-	-	\$1.345.950	\$689.455
2017	Enero	\$309.000	\$1.332.493	30	-	-	\$1.641.493	\$737.717
	Febrero	\$309.000	\$961.655	30	-	-	\$1.270.655	\$737.717
	Marzo	\$309.000	\$904.559	30	-	-	\$1.213.559	\$737.717
	Abril	\$51.500	\$831.182	5	-	\$1.171.214	\$2.053.896	\$737.717
	Mayo	\$309.000	\$1.282.828	30	-	-	\$1.591.828	\$737.717
	Junio	\$309.000	\$1.150.916	30	-	-	\$1.459.916	\$737.717
	Julio	\$309.000	\$660.392	30	-	-	\$969.392	\$737.717
	Agosto	\$309.000	\$1.239.108	30	-	-	\$1.548.108	\$737.717
	Septiembre	\$288.400	\$1.391.299	28	2 días suspensión	-	\$1.679.699	\$737.717
	Octubre	\$309.000	\$1.110.259	30	-	-	\$1.419.259	\$737.717
	Noviembre	\$309.000	\$1.495.564	30	-	-	\$1.804.564	\$737.717
	Diciembre	\$309.000	\$901.624	30	-	-	\$1.210.624	\$737.717
2018	Enero	\$309.000	\$1.132.988	30	-	-	\$1.441.988	\$781.242
	Febrero	\$309.000	\$1.336.600	30	-	-	\$1.645.600	\$781.242
	Marzo	\$0	\$825.024	21	-	\$211.203	\$825.024	\$781.242

Considera el Tribunal que no pueden confundirse los conceptos de salario base y salario, pues este último es la remuneración directa total que recibe el trabajador por el suministro de su fuerza del trabajo, mientras que el primero es apenas uno de sus componentes. El análisis de los anteriores medios de convicción, cotejado con el análisis de las normas que regulan el asunto llevan al Tribunal a discrepar de la forma en que la a quo decidió la controversia y concluir que el empleador no había garantizado el salario mínimo en favor de

la demandante, pues es claro que durante toda la relación laboral, salvo por el mes de diciembre de 2009, como se indicó anteriormente, la trabajadora recibió como contraprestación por sus servicios una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad.

Ahora bien, el acuerdo realizado por las partes con relación al salario, el cual se encontraba conformado por una base de \$309.000 más comisiones, es válido porque esa expresión libre de voluntad es viable dentro de la modalidad de contratación por tiempo en virtud de lo dispuesto en el artículo 132 del CST, y lo que la Sala advierte es que en el presente asunto se superó el salario mínimo en relación con la unidad de tiempo trabajada por la demandante. Claramente el hecho de que en el mes de diciembre de 2009 la demandada hubiera reconocido un salario inferior al SMLMV en proporción al tiempo trabajado, no invalida el acuerdo de las partes a través del cual se pagó un salario superior al mínimo legal para la demandante durante toda la relación laboral que se extendió por más de 8 años, pues el salario convenido no atendía solo una unidad de tiempo sino el esfuerzo del trabajador para alcanzar unos objetivos en ventas que le permitiera superar con creces el mínimo legal de cada año.

Sobre este punto, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que *“el salario mínimo legal está diseñado sobre la base de la unidad de tiempo, por lo que se encuentra vinculado ineludiblemente a la jornada ordinaria, de donde ésta si influye sobre su determinación en un momento dado”* (CSJ SL Rad.35307 de 2010); lo que quiere decir que, cuando el trabajador cumple la jornada máxima legal, el empleador debe reconocer, como remuneración total, por lo menos el salario mínimo por el servicio prestado, y en ese sentido la Sala encuentra que así se cumplió en el presente asunto, por lo menos durante la mayor parte de la relación laboral, siendo entonces necesario que por el mes de diciembre de 2009, al ser el único mes en el que no se garantizó el salario mínimo de forma proporcional por los días trabajados, el empleador deba asumir las correspondientes condenas por tal falta.

Las anteriores consideraciones conllevan a que se modifique la decisión adoptada por la a quo frente a este punto, en el entendido que el acuerdo celebrado entre las partes es válido y en virtud de este, el empleador debió garantizar por lo menos el pago del salario mínimo durante toda la relación laboral en favor de la demandante, siendo entonces procedente el reajuste de

salario en el único mes en el que no se garantizó el pago del SMLMV, esto es en diciembre de 2009.

La Sala no comparte conclusión adoptada por la jueza al considerar que *“la remuneración de la promotora debe ajustarse al salario mínimo legal vigente como componente fijo, más el salario variable constituido por las comisiones, así como las demás bonificaciones”* como quiera que esta interpretación desconoce lo dispuesto en el artículo 127 del CST en virtud del cual *“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 es bajo ese entendido que se debe analizar todos los componentes salariales percibidos por la demandante durante la relación laboral, sin limitar el estudio únicamente al componente fijo del salario, que, como quedó demostrado solamente era una parte de la retribución reconocida por la demandada frente a los servicios prestados.

Ahora bien, al no haber sido objeto de apelación por ninguna de las partes, debe entenderse que estas aceptaron las conclusiones adoptadas por la jueza sobre la prescripción de las primas de servicios e intereses exigibles antes del 20 de septiembre de 2015, las vacaciones causadas antes del 20 de septiembre de 2014 y la imprescriptibilidad de los aportes al sistema general de seguridad social en pensión. De esta forma, como se indicó anteriormente, la Sala encuentra una diferencia entre el salario percibido por la demandante y el SMLMV únicamente en el mes de diciembre de 2009 por la suma de \$60.864, y este sería el único valor que se podría tener en cuenta para una posible reliquidación de salarios y prestaciones sociales de acuerdo a lo solicitado en la demanda; de suerte que, al aplicar el término trienal que rige los asuntos laborales, se tiene que no es posible condenar a una reliquidación de primas de servicios, intereses a las cesantías ni vacaciones porque se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción; siendo ello así, se revocarán los literales B), C) y D) del ordinal segundo de la sentencia proferida en primera instancia en cuanto condenó a la demandada al pago de \$977,389 por concepto de reliquidación de primas de servicios, \$248,000 por concepto de reliquidación interés a las cesantías y \$284,982 vacaciones por el interregno del 20 de septiembre de 2014 a 21 de marzo de 2018 para en su lugar absolver a la demandada de estas pretensiones.

Con relación a las cesantías, la Sala encuentra que, al no ser procedente una reliquidación de salarios, el único valor que no se tuvo en cuenta para el cálculo de las mismas durante toda la relación laboral corresponde a la suma de \$60.864 durante el mes de diciembre de 2009, por lo que, resulta procedente la reliquidación de las cesantías causadas en el 2009 teniendo como factor salarial la suma antes señalada. Por esta razón, se modificará la decisión de primera instancia con respecto a esta pretensión. Una vez realizados los cálculos, se tiene que la demandante prestó sus servicios desde el 16 de diciembre de 2009 por lo que se debe calcular el valor de las cesantías desde esa fecha y hasta el 31 de diciembre del mismo año, lo que arroja un resultado de \$2.705.

Con relación a los aportes al sistema general de seguridad social en pensión, se debe señalar que al no ser procedente la reliquidación ordenada por la a quo por los periodos por ella determinados, resulta procedente modificar esta condena en el sentido de ordenar a la demandada realizar el pago de la diferencia del aporte con los intereses moratorios causados del mes de diciembre de 2009, teniendo como nuevo factor salarial la suma de \$60.864. Cabe mencionar que, en audiencia del 9 de marzo de 2021 la a quo declaró la sucesión procesal de la demandante con su hijo Nicolás Galindo Bautista en virtud de lo dispuesto en el artículo 68 del CGP, circunstancia que no impide proferir condena por este concepto ya que, en todo caso, los aportes pensionales también respaldan otro tipo de prestaciones como una posible pensión de sobreviviente y/o la devolución de aportes o de saldos. En la parte resolutive se harán las previsiones del caso.

Pasa la Sala a estudiar el tercer problema jurídico para determinar si la a quo se equivocó al dar aplicación al fenómeno de la prescripción sobre la reliquidación de los salarios e indemnización moratoria por no consignación de las cesantías a un fondo de cesantías. Con relación a la reliquidación de los salarios, la a quo condenó a la demandada al pago de \$12,468,190 por el periodo comprendido entre el mes de septiembre de 2015 y el mes de marzo de 2018; con relación a esta condena, la Sala debe manifestar que la misma también será revocada como quiera que no se presentó diferencia salarial alguna durante el periodo determinado por la jueza, por tanto, no hay lugar a las condenas impuestas por este concepto durante ese periodo. La única diferencia salarial que el empleador adeuda de conformidad con lo analizado en precedencia corresponde a la suma de \$60.864 por el mes de diciembre de 2009, sin embargo, la condena por

esta suma tampoco resulta procedente como quiera que la misma se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción.

Con relación a este asunto, el argumento expuesto por el apoderado de la demandante al interponer el recurso de apelación, consiste en que al tratarse de un tema neurálgico y estructural de la relación laboral, como lo es el tema del salario, sobre este concepto no se debe dar aplicación al fenómeno de la prescripción. Para resolver esta circunstancia cabe recordar que el artículo 488 del CST dispone que las acciones de los derechos *“regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* y, a su vez, el artículo 151 del CPTSS dispone que *“Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”*; esto quiere decir que todos los derechos que regula el CST en favor de los trabajadores son susceptibles de prescripción si su reclamación no se hace conforme a los términos dispuestos en estas normas, y lo cierto es que los salarios no se encuentran exentos de la aplicación de estas disposiciones y así lo ha entendido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al dar aplicación al fenómeno de la prescripción cuando condena al pago de diferencias salariales (CSJ SL 2666 de 2023).

Este mismo análisis debe aplicarse a la indemnización por no consignación de las cesantías, pues aunque el argumento expuesto por la a quo para absolver a la demandada de esta pretensión consistió en que el actuar del empleador estuvo desprovisto de mala fe, lo cierto es que el apoderado de la demandante se refirió en su apelación específicamente a la aplicación del fenómeno de prescripción sobre este derecho reclamado. En este punto, la Sala debe aclarar que en efecto, esta sanción es susceptible de prescripción (SL 2738 de 2023, SL 2627 de 2023, SL 2325 de 2023), y esto es así porque el periodo de causación y, por ende, de exigibilidad de esta es diferente al periodo de causación y exigibilidad de las cesantías; mientras que las cesantías solo son exigibles a la terminación del contrato de trabajo, la indemnización por no consignación de las mismas es exigible de forma anual a partir del 15 de febrero de cada año, pues el empleador tiene plazo de consignar las cesantías a un fondo hasta el 14 de febrero de cada anualidad. De allí que el término prescriptivo de esta indemnización se contabilice a partir de la fecha en que el empleador debió consignarlas y omitió cumplir con su obligación.

Dicho esto, para la Sala es claro que, al haberse encontrado la falta de pago de parte del salario en el mes de diciembre de 2009, y haberse encontrado un faltante en la liquidación de las cesantías de ese periodo, procedería la indemnización contemplada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pero es palmario que la misma se encuentra afectada por el fenómeno de la prescripción. Por tanto, se mantendrá la absolución de la demandada sobre esta pretensión, aunque también se tendrán en cuenta las razones que se expondrán más adelante para exonerar de la sanción del artículo 65 del CST.

Finalmente, con relación al cuarto problema jurídico, esto es si procede la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST por el pago deficitario de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, bien es sabido que esta indemnización no es de aplicación automática, pues es necesario evaluar la conducta del empleador durante la relación laboral en lo concerniente a sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales y de seguridad social que por ley debe sufragar, y, en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de esta indemnización.

Pues bien, con base en estas directrices la Sala encuentra que está demostrado, como se analizó a lo largo de esta sentencia, que el empleador no desconoció los derechos laborales de la demandante durante la relación laboral, y aunque se demostró que existió una diferencia en el pago del salario del mes de diciembre de 2009, esta circunstancia no resulta suficiente para proferir condena por este concepto, como quiera que la suma adeudada resulta irrisoria frente a los pagos que la demandante recibió mensualmente por más de 8 años durante la relación laboral. Es cierto que la jurisprudencia laboral ha dicho que el monto de lo adeudado no incide en la imposición de la sanción, pero en el presente caso ordenarla sería contrario al espíritu de coordinación económica y equilibrio social que inspira la legislación laboral, pues su desproporcionalidad sería palmaria e irrazonable, amén de que, en todo caso, no se advierte que el espíritu de la empresa hubiese sido el desconocer de manera flagrante y deshonesto los derechos de la trabajadora.

No obstante lo anterior, la Sala advierte que durante el debate probatorio y en el recurso se cuestionó el hecho de que el empleador pagara la liquidación de prestaciones sociales hasta el 10 de mayo de 2018, de acuerdo con lo indicado por los testigos Angie Milena Hernández y Yimi Sánchez; ambos testigos

manifestaron que la liquidación se pagó en el mes de mayo de 2018, la testigo Hernández indicó que fue precisamente el 10 de mayo de esa anualidad, y que la razón del pago tardío obedeció a que se encontraba pendiente un asunto con un cliente, por tanto, hasta que no se solucionara no sería pagada la liquidación.

Sobre este punto, la demandante manifestó en el interrogatorio de parte que ella acordó con la empresa esperar unos días mientras llegaba una orden de compra del cliente Fresenius Medical; luego indicó que esa orden llegó y se presentó un inconveniente con el cliente, pero aclaró que en el inconveniente que se presentó ella ya no tenía injerencia alguna, razón por la cual, una vez pasaron 15 días se comunicó con el señor Héctor Hernández para que le pagara la liquidación. De acuerdo con la fecha que se registró en la liquidación por la demandante al momento de recibir la misma, esto es el 10 de mayo de 2018, la Sala encuentra acreditado que esa fue la fecha en la que recibió el pago de la misma, y también encuentra procedente condenar a la demandada por esta indemnización, pues no se encuentra suficientemente justificada la demora en el pago. Es claro para la Sala que la demandante reconoció haber concedido un término al empleador para el pago de la liquidación, pero también aclaró que pasados 15 días la reclamó y no se demostró cuál fue el presunto inconveniente que impidió el pago de la liquidación a tiempo, mucho menos se encuentra justificada la demora de casi 2 meses para el pago de la misma.

Por lo anterior, se condenará a la demandada al pago de la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST desde el 22 de marzo de 2018 y hasta la fecha de pago de la liquidación final de prestaciones sociales, esto es el 10 de mayo de 2018; para tal efecto, se tendrá como salario el último devengado por la demandante y que se encuentra registrado en la liquidación final que equivale a \$1.584.024. Una vez realizados los cálculos, se tiene que transcurrieron 49 días desde la fecha en que terminó el contrato de trabajo y la fecha en que se pagó la liquidación final de prestaciones sociales, lo que equivale a \$2.587.239.

En consecuencia, no queda otro camino que modificar parcialmente la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas. Así quedan resueltos los recursos de apelación.

Sin costas en esta instancia como quiera que ambos recursos prosperaron parcialmente.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 9 de marzo de 2021 dentro del proceso ordinario laboral de ADRIANA BAUTISTA BORRAEZ contra REPRESENTACIONES INDUSTRIALES RDV LTDA en cuanto condenó a la demandada al pago indexado de \$12.468.190 por concepto de diferencias salariales, \$977.389 por reliquidación de primas de servicios, \$248.000 por reliquidación de intereses a las cesantías y \$284.982 por concepto de vacaciones; en su lugar absuelve de esas pretensiones.

SEGUNDO: MODIFICAR la condena por auxilio de cesantías; para disponer el pago solo de la suma de \$2.705 por tal concepto.

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 3º de la sentencia apelada en el sentido de que la única condena que se impone a la demandada es el pago de la diferencia del aporte en el mes de diciembre de 2009, teniendo como IBC adicional la suma de \$60.864, con los intereses moratorios causados. Tal pago deberá hacerlo la empresa en el fondo al que estaba afiliada la actora al momento de su deceso, en el término de 5 días siguientes a la remisión de la liquidación por parte de dicho fondo y la cual deberá solicitar la empresa dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

CUARTO: REVOCAR la sentencia en cuanto absolvió de la de indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; y en su lugar, **CONDENAR** a la demandada REPRESENTACIONES INDUSTRIALES RDV LTDA al pago en favor de la demandante de \$2.587.239 por este concepto de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: Sin costas en esta instancia como quiera que ambos recursos prosperaron parcialmente.

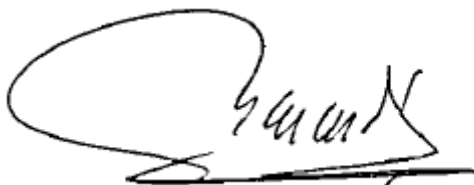
SÉPTIMO: DEVOLVER el expediente digital “*al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes*”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE CUNDINAMARCA
SALA LABORAL

Magistrado Ponente: **EDUIN DE LA ROSA QUESSEP**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CAMILA ANDREA CHARRY NORIEGA contra GIMNASIO FONTANA S.A. Radicación No. 11001-31-05-035-**2019-00480-01**.

Bogotá D. C. veintinueve (29) de noviembre de dos mil veintitrés (2023).

Se conoce este proceso en atención a la medida de descongestión dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura en Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022; se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la actora contra el fallo del 15 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

1. La demandante instauró demanda ordinaria laboral contra el demandado antes referido con el objeto que se declare la existencia de 9 contratos de trabajo a término fijo durante los siguientes periodos: *“1) del 1 de agosto de 2006 al 30 de junio de 2007, 2) del 1 de agosto de 2007 al 30 de junio de 2008, 3) del 1 de agosto de 2008 al 30 de junio de 2009, 4) del 1 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010, 5) del 1 de agosto de 2010 al 30 de junio de 2011 6) del 1 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012, 7) del 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013, 8) del 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2014, y 9) del 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015”*; que el demandado realizó descuentos del salario de forma ilegal por los siguientes conceptos: beneficio arrendamiento, préstamo arrendamiento, préstamo computadores, aporte IVM empleado LNR, otros descuentos, beneficio fondo voluntario 1, beneficio fondo voluntario 2, beneficio fondo voluntario 3, beneficio seguro chubb y beneficio ahorro fondo; que fue despedida sin justa causa. Consecuencialmente reclama el pago de \$23.410.000 *“por el descuento ilegal del concepto de beneficio arrendamiento”*, \$9.100.000 por concepto de *“préstamo de arrendamiento”*, \$531.696 por concepto de *“préstamo de computadores”*, \$16.300 por concepto de *“aporte IVM empleado LNR”*, \$13.828 por concepto de *“otros descuentos”*, \$2.416.083 por concepto de *“fondo voluntario 1”*, \$1.883.089 por concepto de

“fondo voluntario 2”, \$1.966.262 por concepto de “fondo voluntario 3”, \$1.453.184 por concepto de “por el descuento ilegal del concepto de beneficio seguro chubb”, \$8.275.694 por concepto de “beneficio ahorro fondo”; la reliquidación de las diferencias que resulten por todo el tiempo trabajado por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, cotizaciones a seguridad social en salud y pensión; la indemnización por no consignación de las cesantías de forma completa; la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías; la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST; la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST; la indexación; lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas procesales (pág. 75 PDF 01).

2. Como sustento de sus pretensiones, manifiesta la demandante que se vinculó con el demandado entre el 1 de agosto de 2006 y el 30 de junio de 2015 mediante diferentes contratos de trabajo a término fijo como se indicó en el párrafo anterior; que se desempeñó como docente del área de español y literatura, y a partir del 1 de julio de 2013 hasta la fecha de terminación del último contrato, se desempeñó de forma simultánea como coordinadora del área de español y literatura; que el salario devengado durante los últimos 5 años fue de \$2.764.397 para el 2011, \$3.108.578 para el 2012, \$3.708.578 para el 2013, \$4.047.661 para el 2014 y también 2015; que el salario estaba conformado por los siguientes conceptos “salario devengado, auxilio de alimentación – vivienda, beneficios y beneficios adicionales”; que a partir del 1 de julio de 2013 se acordó que recibiría \$832.000 adicionales a su salario por asumir la coordinación del área de español y literatura; que a partir del 1 de julio de 2014 la demandada redactó un otrosí para establecer esta remuneración adicional como auxilio general de alimentación no constitutivo de salario; que este cambio no fue acordado ni suscrito por la demandante; que durante la relación laboral le realizaron descuentos por concepto de beneficio fondo voluntario 1, beneficio fondo voluntario 2, beneficio fondo voluntario 3, beneficio seguro chubb, beneficio arrendamiento, préstamo arrendamiento, beneficio ahorro fondo, aporte IVM empleado LNR, préstamo computadores y otros descuentos; que varios de los anteriores descuentos no fueron autorizados por la demandante y algunos fueron “producto de la imposición” del demandado; que las prestaciones sociales del año 2013 fueron liquidadas con un salario de \$1.855.900, las del 2014 con un salario de \$2.330.800, las del 2015 con un salario de \$2.450.000; afirma que el demandado liquidó y consignó al fondo de cesantías un valor inferior a la suma que le correspondía teniendo en cuenta todo el salario; que los aportes a seguridad social en pensión también se realizaron teniendo en cuenta un salario muy inferior al realmente devengado; que el empleador le solicitó la carta de renuncia mediante correo de fecha 17 de abril de 2015;

que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador; que el 22 de marzo de 2018 (sic) requirió al empleador para el pago de las acreencias laborales que se solicitan en esta demanda; que el demandado respondió el 17 de abril del mismo año indicando que no le asistía razón para la reclamación; por último, refiere que siempre cumplió a cabalidad con las funciones del cargo para el cual fue contratada sin dar motivos para el despido.

3. La demanda se presentó el 10 de julio de 2019 (pág. 71 PDF 01); con auto del 2 de septiembre siguiente el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la devolvió y otorgó un término de cinco (5) días para subsanar las falencias señaladas. Cumplido lo anterior, con auto del 10 de octubre de 2019 la admitió y ordenó notificar al demandado. La diligencia de notificación se cumplió el 7 de noviembre de 2019 (pág. 102 PDF 01).
4. El demandado Gimnasio Fontana S.A. contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones. En cuanto a los hechos, reconoció como cierto que las prestaciones sociales de la demandante del año 2013 fueron liquidadas con un salario de \$1.855.900, las del 2014 con un salario de \$2.330.800, las del 2015 con un salario de \$2.450.000; que mediante comunicación de fecha 22 de marzo de 2018 (sic) la demandante reclamó el pago de las acreencias laborales solicitadas en la demanda; y que el 17 de abril de 2018 dio respuesta a esa solicitud de forma negativa manifestando que *“no le asistían razones a la actora para la reclamación”*; frente a los demás hechos indicó que no eran ciertos. Propuso en su defensa como excepciones previas las de prescripción y pago; y como excepciones de fondo las que denominó de la siguiente manera: *i)* inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de mi representada, *ii)* cobro de lo no debido, *iii)* buena fe, *iv)* mala fe del demandante, *v)* pago, y *vi)* falta de causa (pág. 109 PDF 01).
5. Con auto del 4 de marzo de 2020 se inadmitió la contestación de la demanda y se otorgó un término de cinco (5) días para subsanar las falencias señaladas. Cumplido lo anterior, con auto del 9 de septiembre de 2020, se tuvo por contestada y se convocó a las partes a las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS, el 28 de septiembre de 2020; en esa fecha se agotaron todas las etapas contempladas en el artículo 77 ibidem y se instaló la audiencia del artículo 80 ídem en la cual se practicaron los interrogatorios de parte, los testimonios de Enrique Lázaro Delgado, Sandra Villarraga, Ángela Carvajal y Gloria Rodríguez, se cerró el debate probatorio, y se suspendió la audiencia para el 15 de octubre de 2020; en esta fecha se escuchó a los apoderados de las partes en alegatos de conclusión, se profirió la sentencia

que puso fin a la primera instancia y se concedió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante (Archivo 02).

6. El Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia proferida el 15 de octubre de 2020, declaró probada la excepción de prescripción, absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante tasando las agencias en derecho en \$100.000 (Archivo 02).

7. La anterior decisión fue apelada por el apoderado del demandante; en su recurso manifestó lo siguiente:

“De manera respetuosa, me permito manifestarle que interpongo el recurso de apelación en contra de la decisión que ha tomado el juzgado para definir este caso, solicitando desde ya al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral que revoque la sentencia y en su lugar, conceda todas y cada una de las prestaciones pedidas en la demanda. Argumento el recurso de la siguiente forma: si bien es cierto que el señor juez trae a colación sentencias de la Corte Suprema respecto de algunas formalidades de cómo debe presentarse el agotamiento de vía gubernativa con la reclamación, no es menos cierto, tampoco su Señoría, que la Constitución colombiana de manera imperativa, impone la obligación a los jueces cuando administran justicia, estudiar y despachar los temas sustantivos sin miramientos de las formalidades; aquí la sentencia, su Señoría, hace exactamente lo contrario, basado en formalismos de la reclamación absuelve a la demandada. El artículo 121 (sic) que usted citó, honorable señor juez, en donde dice que la prescripción se interrumpe única y exclusivamente con la simple reclamación del trabajador es taxativo y es claro y es preciso: “la simple reclamación” es decir, no exige ninguna formalidad, absolutamente ninguna, señor juez; y discrepo de su conclusión, teniendo en cuenta que sí es cierto que el escrito lo dice, de una parte porque enumera de manera taxativa cuáles son los aspectos de remuneración salarial y prestacional que no fueron comprendidos y cancelados en la demanda, se enuncian de manera clara; pero lo otro, su Señoría, es que no bastó únicamente con enumerarlos (sic) lo que pretende, según la tesis de la sentencia, es que prácticamente lo que es una simple reclamación se convierta también en unas pretensiones de demanda y eso no puede ser, esa formalidad, para eso está la demanda y para eso está el debate probatorio; otra cosa diferente es que esas circunstancias no se discutan en el proceso, en este proceso ampliamente se aportó documentación para establecer cada uno de los hechos y establecer si existía el derecho de reclamación o no y si se presentó y fue injusta la relación laboral, en este orden de ideas, considero yo de manera muy respetuosa que la sentencia desconoce también el debido proceso, el derecho de contradicción que fue garantizado en este debate procesal, eso no lo garantizó y ampliamente se soportó con documental que le da luces claras al despacho para determinar qué cumplió la demandante, qué obvió analizar el tipo de conducta que era lo correcto y determinar si la actora tenía derecho o no tenía derecho a las reclamaciones realizadas. Y acuérdesse su Señoría que el objeto de ser de la administración de Justicia es impartir justicia en las relaciones entre los trabajadores y los empleadores, eso es lo que se busca aquí, pero la mera formalidad no puede desdibujar el derecho sustantivo, reitero, como lo establece la Constitución Política de Colombia; otra cosa diferente, su Señoría, hubiese sido que no se hubiera presentado reclamación o que simplemente hubiera dicho el escrito reclamación “págume derechos laborales”, no, aquí en el escrito se establecieron, su Señoría, de manera concreta cuáles son, los demás, su Señoría y se está solicitando también en el mismo escrito “de todos los derechos laborales, salariales, prestacionales durante todo el tiempo quebró la relación laboral”, se hace acotación a unos puntos en concreto hablando de salarios; yo no puedo establecer tampoco, su Señoría, en el escrito de reclamación qué salarios y qué salarios no se deben, para eso está la demanda, lo mismo con las prestaciones legales durante todo el tiempo, incluyendo el auxilio de vivienda, beneficios, son todos los beneficios, su Señoría,

que se probaron, que se aclararon, que se debatieron y que figuran en los desprendibles de pago y en la documental de contestación de demanda. También los beneficios adicionales, ahí está claro su Señoría, el resto nos toca es ir a la documental para establecer, como le reitero, si efectivamente se tiene razón respecto de la reclamación por esos acápites, y de igual las prestaciones sociales, su Señoría, si ni siquiera en el poder es necesario poner puntualmente cada una de las prestaciones, mucho menos tampoco en la reclamación, porque su Señoría porque dice el simple reclamo, lo dice la norma, eso no se puede cambiar ni lo puede cambiar a manera de interpretación, ni el sentenciador ni alguna de las Cortes de instancia tampoco. También se solicitó su Señoría la indemnización y sanciones ¿cuál es la indemnización? eso está en la demanda, eso está en la demanda y se establece de manera clara y precisa cuáles eran las indemnizaciones que se pretendían, entonces yo encuentro de manera muy respetuosa, le digo a su Señoría que la sentencia contraría la Constitución Política de Colombia en el sentido de que invierte los valores y los preceptos que ella establece en el sentido de que aquí su sentencia pone la formalidad por encima de lo sustantivo, se invierte ese valor y de esa manera también se invierte el valor y el principio que ordena el CST ¿cuál es? hacer justicia en la relación entre trabajadores y empleadores; cosa diferente hubiese sido su Señoría si nosotros hubiésemos presentado una demanda temeraria, que no correspondiera a la verdad real vivida en la relación laboral entre las partes, que estuviéramos reclamando derechos que no corresponden, que estuviéramos alegando circunstancias irreales, eso sí sería y sería objeto de tacha de parte suya en el fallo, entonces, en ese orden de ideas, su Señoría, le solicito al Tribunal que revoque la decisión tomada por su respetado despacho, que determine y que declare que efectivamente la demandante el 3 de abril de 2018 (sic) interrumpió la prescripción con el escrito, que no solamente se aportó con la demanda, que no fue objeto de tacha; y otra cosa muy importante, su Señoría, usted me está sorprendiendo a mí con su decisión, porque ese argumento que usted tomó para definir este pleito, no fue alegado en la contestación de la demanda, al no ser alegado su Señoría en la contestación de la demanda el argumento como tal, solamente se propuso la prescripción de manera genérica, sin establecer circunstancias como usted la despachó, en ese orden de ideas, usted me sorprende al momento de dictar la sentencia porque la litis no estuvo planteada en esos términos, en ese orden de ideas, a mí se me viola el debido proceso, porque usted me sorprende con una decisión que no era objeto de la litis. Entonces, por estas circunstancias, solicito al honorable Tribunal que revoque la decisión de su Señoría, que declare que sí estuvo interpuesta, la simple reclamación como lo dice el CST por parte del trabajador y que sí se agotó y que sí se interrumpió la prescripción por una sola vez, que determine que efectivamente la comunicación del 22 de marzo de 2018 sí se estableció de manera precisa qué es lo que se pretende y que no hay ambigüedades, porque aquí lo que se pretende buscar, su Señoría, es la reliquidación de salarios y prestaciones y su Señoría, usted y yo sabemos cuáles son los salarios y las prestaciones de cualquier trabajador, no estamos frente a circunstancias donde se pueda decir que por confusión, y eso lo sabe cualquier contador, cualquier trabajador, cualquier persona independientemente del grado de estudios que tenga, entonces en ese orden de ideas, solicito al Tribunal que se revoque la decisión y en su lugar se condene a la demandada en las pretensiones solicitadas en la demanda. Muchas gracias”.

- 8.** Recibido el expediente digital por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, con auto del 23 de octubre de 2020 se admitió el recurso de apelación; luego, con auto del 17 de agosto de 2022, dispuso el envío del expediente a esta Corporación en cumplimiento de lo ordenado en el Acuerdo PCSJA22-11978 de 2022 y ordenó correr traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión (PDF 04); concurrió únicamente el demandante; manifiesta que con las pruebas aportadas al expediente se

acredita plenamente cada uno de los hechos descritos en la demanda, por tal motivo, solicita que se acceda a cada una de las pretensiones solicitadas.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Antes de abordar el estudio de fondo del recurso de apelación, sea preciso advertir que la doctrina de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en los asuntos laborales se debe establecer, en primer lugar, si existen obligaciones en favor del trabajador y quién es el responsable de estas, lo que se logra a través del trámite procesal correspondiente, para luego dar aplicación a la figura de extinción de la obligación a través de la excepción de prescripción, garantizando de esta manera que se tramite todo el proceso hasta llegar a su etapa definitiva en donde se resuelve el asunto de fondo a través de la sentencia. Sin perjuicio de lo anterior, el asunto que aquí se pone de presente a través del recurso interpuesto, se dirige propiamente a declarar que la demandante sí interrumpió el término de prescripción con la reclamación presentada ante el empleador, pues el a quo encontró probada la excepción de prescripción sin realizar el análisis previo de los derechos solicitados; por tanto, atendiendo las particularidades propias del caso la Sala procederá a determinar esta circunstancia y, en caso de encontrar errónea la interpretación del juez, procederá a estudiar cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: i) determinar si la demandante interrumpió el término de prescripción de las acreencias laborales que se impetran en esta demanda con la reclamación de fecha 22 de marzo de 2018, que se presentó en realidad el 3 de abril de 2018; en caso de encontrarse que no opera el fenómeno prescriptivo de forma total, como lo resolvió el a quo, ii) establecer si le asiste el derecho en las pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda.

Aclarado lo anterior, en lo que interesa a la resolución del recurso, resulta preciso señalar que no fue objeto de apelación de ninguna de las partes que la demandante se vinculó con el demandado a través de 9 contratos de trabajo que se ejecutaron en las siguientes fechas: 1) del 1 de agosto de 2006 al 30

de junio de 2007, 2) del 1 de agosto de 2007 al 30 de junio de 2008, 3) del 1 de agosto de 2008 al 30 de junio de 2009, 4) del 1 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010, 5) del 1 de agosto de 2010 al 30 de junio de 2011 6) del 1 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012, 7) del 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013, 8) del 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2014, y 9) del 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015; de los cuales, los primeros 5 contratos se desarrollaron bajo la modalidad a término fijo inferior a un año y los 4 siguientes bajo la modalidad de obra o labor contratada. Así lo encontró acreditado el a quo, decisión que encuentra respaldo en la documental aportada al expediente, específicamente cada uno de los contratos celebrados entre las partes, en donde se puede constatar la modalidad y las normas que regirían cada uno de ellos, así como las certificaciones expeditas por el demandado el 29 de mayo de 2015 y el 3 de junio del mismo año, de manera que sobre esos aspectos no se hará ninguna consideración en esta providencia.

Con relación al primer problema jurídico, en lo concerniente a determinar si la demandante interrumpió el término de prescripción de las acreencias laborales solicitadas en esta demanda, con la reclamación del 22 de marzo de 2018, lo primero que debe aclararse, de conformidad con lo manifestado por el apoderado de la demandante en su recurso y por la demandada al dar respuesta a la reclamación, es que la misma fue radicada ante el empleador el 3 de abril de 2018, por tanto, aunque fue elaborada en una fecha anterior, se deberá tener en cuenta la fecha real de su presentación para cualquier efecto, esto es el 3 de abril de 2018, y así lo hará la Sala. Aclarado lo anterior, al examinar dicha prueba, el a quo determinó lo siguiente: *“Analizada la literalidad de esta reclamación, advertimos que la petición fue planteada de manera genéricas y abstractas (sic), pues del contexto de la demanda se extrae que la parte actora solicita, entre otros, la reliquidación y pago de las diferencias que resulten de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social en salud y pensiones, así como la sanción por la no consignación completa de las cesantías (art. 99 ley 50 de 1990), sanción por no pago completo y oportuno de intereses a las cesantías, indemnización moratoria (art. 65 CST), indemnización por terminación del contrato sin justa causa e indexación, no siendo dable a este operador jurídico consultar el espíritu de dichos cuestionamientos frente a la interrupción de la prescripción, pues para ello se estableció en la legislación laboral directrices sobre cuáles bases se deben cimentar el escrito de interrupción de la prescripción”*; señalando más adelante que esta reclamación *“no cumple y no alcanza a ser suficiente para interrumpir la prescripción frente al petitum de la demanda”*; conclusión que no comparte el apoderado de la demandante pues afirma que el juzgador le dio prevalencia a la formalidad con que se debió presentar tal reclamación y no al asunto sustancial, desconociendo así su deber de administrar justicia; en todo caso refiere que en la reclamación sí se expresaron las pretensiones que se solicitan y que se encuentran contenidas en la demanda.

La Sala encuentra que el reparo planteado por el apoderado de la demandante se centra en el alcance que debe darse a las pruebas del proceso, por tanto, es pertinente tener muy en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, y por tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito. Para resolver este aspecto, se debe recordar que el legislador dispuso en el artículo 489 del CST que *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez...”*; mientras que el artículo 151 del CPTSS dispone, en su aparte pertinente, que *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, sobre un derecho o prestación **debidamente determinado**, interrumpirá la prescripción, pero solo por un lapso igual”* (resalto no es del original). Esto quiere decir que el trabajador cuenta con la prerrogativa de requerir a su empleador el reconocimiento y pago de sus acreencias o derechos laborales que considera existen a su favor, dentro de los tres años siguientes a su exigibilidad.

Sobre esta garantía, aunque es cierto que no se establece en las normas solemnidad alguna en tal reclamación, en tanto no debe contener exigencias formales, lenguaje técnico o jurídico, para que se tenga por presentada, también lo es que le compete acreditar unos mínimos para lograr los efectos pretendidos, entre ellos ser presentado por escrito, que pongan de presente la certeza de lo reclamado; que fue efectivamente recibido y que se individualicen claramente los derechos o las prestaciones reclamadas (CSJ SL 12900 de 2014, SL 4554 de 2020 y SL 929 de 2022). Del mismo modo, la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que con ese reclamo escrito lo que el legislador pretendió fue que el empleador ante el eventual inicio de un proceso judicial hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese *“simple reclamo escrito”* puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador realice del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento (CSJ SL 4554 de 2020).

En ese orden, la Sala encuentra que la reclamación del 22 de marzo de 2018, presentada el 3 de abril de 2018, indica textualmente lo siguiente: *“De manera acomodada (sic) y teniendo en cuenta que laboré al servicio de la institución educativa el 1º de agosto de 2006 hasta el 9 de junio de 2015, desempeñando el cargo de docente de literatura y español, así como coordinadora de área, me permito solicitarles se sirva (sic) reliquidar salarios y prestaciones legales durante todo el tiempo que duró la relación laboral, teniendo en cuenta el salario realmente devengado e incluyendo: auxilio alimentación, vivienda, beneficios y beneficios adicionales, de igual forma los descuentos mensuales ilegales; también solicito la reliquidación de*

la liquidación final de prestaciones sociales y el pago de todas y cada una de las diferencias que resulten, las indemnizaciones y sanciones a las que haya lugar”.

Ahora bien, al contrastar esta carta con las pretensiones que se solicitan en la demanda y que se listaron anteriormente, la Sala encuentra que el juez erró al valorar esta prueba, que tenía incidencia directa en la decisión, pues, en efecto, tal documental tenía la potencialidad de interrumpir el término trienal por una vez, por lo menos respecto de los derechos contenidos en la reclamación. Para la Sala no se presenta la ambigüedad mencionada por el a quo, sobre todo frente a la totalidad de las pretensiones, pues es claro que con esa reclamación el demandante solicitó expresamente tener en cuenta los siguientes conceptos como parte integral de su salario: *“auxilio alimentación vivienda, beneficios y beneficios adicionales”* y a partir de allí, solicita la reliquidación de salarios, prestaciones sociales y la liquidación final de prestaciones sociales; así incluso lo entendió el demandado al dar respuesta a la reclamación, el 17 de abril de 2018, en la que indicó que los auxilios y beneficios adicionales *“fueron reconocidos como beneficios extralegales sin incidencia salarial”* por lo que no había lugar a la reliquidación solicitada.

En este punto, la Sala debe señalar que la importancia de la reclamación también radica en que a través de la misma el empleador tenga la oportunidad de revisar nuevamente sus actuaciones, conocer las posibles pretensiones de una demanda y precaver un litigio. De suerte, que al solicitar en la reclamación una reliquidación de las prestaciones sociales, de conformidad con lo señalado en el CST, debe entenderse que se refiere a las cesantías y primas de servicios, no así a los intereses de cesantías ni a las vacaciones, pues estos rubros no fueron contemplados en nuestra legislación como prestaciones sociales. De modo que el hecho de haberse referido a prestaciones sociales no puede tomarse como señal de imprecisión o de indeterminación.

También se advierte que la demandante manifestó en la reclamación su inconformidad frente a los *“descuentos mensuales ilegales”*; no obstante, en el documento no se indica específicamente a qué tipo de descuentos se refiere ni los conceptos a los que corresponden, ni mucho menos indica cuál es la pretensión frente a los presuntos descuentos. Tan es así que el demandado en su respuesta a la reclamación, sobre este punto simplemente manifestó que *“nunca se realizó deducción salarial sin contar con su respectiva autorización tal y como lo ordena las normas laborales”*; luego entonces, es claro que la demandante no reclamó ante el empleador, específicamente los descuentos que listó en el escrito de la demanda, esto es: beneficio arrendamiento, préstamo arrendamiento, préstamo de computadores, aporte IVM empleado LNR, otros descuentos, beneficio fondo voluntario 1, beneficio fondo voluntario 2, beneficio fondo

voluntario 3, beneficio seguro chubb y beneficio ahorro fondo, sino que solo se refirió a los descuentos ilegales.

Ahora, con relación a la solicitud de *“las indemnizaciones y sanciones a las que haya lugar”*, entiende la Sala de esas expresiones puede entenderse, por lo menos, que se refería, entre otras, a la sanción moratoria contemplada en el artículo 65 de CST, como quiera que con la reclamación está poniendo de presente el incumplimiento del empleador frente al pago de salarios y prestaciones sociales, y como en el escrito hace una alusión expresa a la liquidación final, no es descabellado deducir que allí estaba reclamando dicha sanción moratoria. En este punto, es conveniente puntualizar que la exigencia de que el derecho reclamado debe estar debidamente identificado, no quiere decir que deba incluirse la norma sustantiva que ampara lo solicitado, ni que deba mencionarse con la denominación legal exacta, por cuanto es posible que a partir de alusiones ligeramente genéricas, sea dable inferir, con cierta seguridad y certeza, el derecho a que se refiere, a partir de los contornos de hechos señalados en el mismo documento; y precisamente es a partir de esos elementos que se hace esta última consideración sobre el alcance de la reclamación, para lo cual vale la pena señalar que si el juez tiene facultades para interpretar la demanda, debe tenerlas también para hacerlo con otras piezas procesales, como en este caso ocurre con el documento de marras. Aunado a ello, la Sala advierte que en la respuesta al requerimiento de la demandante, el demandado se refirió puntualmente a esta indemnización citando incluso el contenido del artículo 65 del CST lo que permite concluir que entendió que a través de la reclamación, la actora solicitaba el reconocimiento de esta indemnización, de modo que no se ve razón para que, si el empleador así lo entendió, no puede hacerlo también el juez.

En igual sentido, se anota que en la respuesta a la reclamación, el demandado también entendió que la demandante solicitaba la indemnización por terminación del contrato de trabajo, pues afirmó que *“los diversos contratos que usted suscribió con la institución terminaron por vencimiento de término tal y como consta en los preavisos y cartas de terminación de la obra o labor contratada... motivo por el cual no procede el pago de la indemnización por despido”*; de allí que puede entenderse que el empleador conoció anticipadamente esta pretensión, tuvo la oportunidad de revisarla y le indicó a la demandante que, a su juicio, no tenía derecho a la misma, razón por la cual puede indicarse que dicha pretensión también se interrumpió con la presentación de la reclamación el 3 de abril de 2018. En cambio, no es dable inferir que se entienda también incluidas la sanción moratoria por no consignación de cesantías o la sanción por el no pago de intereses de cesantías, dado que estos derechos tienen unas exigencias fácticas que no aparecen relacionadas de manera suficiente en el escrito en

cuestión, y sostener lo contrario ya sería entrar en el terreno de las suposiciones.

Finalmente, también cabe resaltar que en el escrito de la demanda se solicita la reliquidación de las diferencias por concepto de cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, pretensión que, si bien no fue solicitada en el escrito de reclamación, no puede olvidarse que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado pacíficamente que estos aportes constituyen parte fundamental de la financiación y consolidación del derecho a la pensión; por tanto, no resulta de recibo aplicar la prescripción sobre los mismos (CSJ SL 738 de 2018) por lo que el Tribunal discrepa también de lo resuelto por el a quo al respecto. En ese sentido, y como quiera que los aportes a pensión forman parte de los derechos mínimos e irrenunciables del trabajador, dada la particularidad de este proceso y la decisión que se adoptó en primera instancia al declarar la prescripción frente a todas las pretensiones de la demanda, en un ejercicio amplio de interpretación del recurso de apelación, la Sala procederá a estudiar el pago de la diferencia en los aportes solicitados, en caso de que sean procedentes.

Teniendo en cuenta lo anterior, debe considerarse que el último contrato de trabajo finalizó el 30 de junio de 2015, de igual manera que la demanda fue presentada el 10 de julio de 2019 de conformidad con el acta individual de reparto, encontrándose que con la reclamación presentada el 3 de abril de 2018 se interrumpió válidamente el término de prescripción frente a las siguientes pretensiones: La reliquidación de las diferencias que resulten por todo el tiempo trabajado por concepto de cesantías y primas de servicios; incluyendo los factores de salario que se denominaron "*bonificaciones*", "*bonificaciones adicionales*" y "*auxilio alimentación vivienda*", la indemnización por despido (artículo 64 del CST) y la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo (artículo 65 del CST).

En ese mismo sentido, no se entiende interrumpida la reliquidación de vacaciones e intereses a las cesantías, el pago de los salarios insolutos con ocasión de los siguientes descuentos: beneficio arrendamiento, préstamo arrendamiento, préstamo computadores, aporte IVM empleado LNR, otros descuentos, beneficio fondo voluntario 1, beneficio fondo voluntario 2, beneficio fondo voluntario 3, beneficio seguro chubb y beneficio ahorro fondo; la indemnización por no consignación de las cesantías a un fondo (artículo 99 Ley 50 de 1990), y la sanción por el no pago oportuno de los intereses a las cesantías, por ende tales prerrogativas se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, pues la reclamación de estos derechos se realizó

únicamente con el escrito de la demanda, esto es, más de 3 años después de la terminación del último contrato de trabajo.

Las anteriores conclusiones llevan necesariamente a modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar probada de forma parcial y no total la excepción de prescripción. A continuación, la Sala procede al estudio de las pretensiones que no se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Para abordar entonces el estudio del segundo problema jurídico planteado, es necesario indicar que aunque la demanda no es un modelo a seguir, es deber del juez interpretarla, dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, tiene la obligación de referirse a todos los asuntos planteados en el proceso por las partes *“de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento”* (CSJ SL 2808 de 2018 y SL 2295 de 2023). De esta forma, el principal asunto que la demandante pone de presente en la demanda, aunque no de manera explícita en las pretensiones, es que su salario se encontraba compuesto, además de la suma ordinaria, por una suma disfrazada; nótese así que en el hecho quinto del escrito de la demanda indica que su salario estaba constituido por los siguientes factores salariales diferentes al ordinario: *i)* auxilio de alimentación – vivienda, *ii)* beneficios y *iii)* beneficios adicionales.

De suerte que se vuelve imperativo analizar la naturaleza salarial de estos pagos, pues de ello depende la reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social que la demandante reclama. Para tal efecto la Sala debe abordar necesariamente el estudio de la pretensión a partir de lo dispuesto en el artículo 127 del CST en virtud del cual 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”* de lo que sigue que, independientemente de la forma, denominación o instrumento jurídico que se utilice, si un pago se dirige a retribuir el trabajo prestado, es salario. Así lo recalcó la Corte Suprema de Justicia en reciente providencia de 11 de julio de 2023, en la que asentó: *“...el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, **consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación a retribución del trabajo**”*. (SL1610 de 2023) (negritas del original).

No importa, entonces, la figura jurídica o contractual utilizada, si lo percibido es consecuencia directa de la labor desempeñada o la mera disposición de la fuerza de trabajo, tendrá, en virtud del principio de la primacía de la realidad

(artículo 53 CP), carácter salarial, a menos que: i) se trate de prestaciones sociales; ii) de sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones; iii) se trate de sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador; iv) los pagos laborales que por disposición legal no son salario o que no poseen una propósito remunerativo, tales como el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; y v) *“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”* (art. 128 CST).

Sobre el último punto que establece el artículo 128 ibidem la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sido enfática en señalar que *“es indispensable que el acuerdo de las partes encaminado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tendrán incidencia salarial, sea expreso, claro, preciso y detallado de los rubros cobijados en él, pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo”* (SL 5159 de 2018) (Subraya la Sala).

Así las cosas, conforme la providencia citada, por regla general todo lo que recibe un trabajador por el desempeño de su actividad es salario, a menos que sea para el cabal desempeño de sus funciones, se trate de prestaciones sociales, de pagos ocasionales y por mera liberalidad del empleador, los que se realizan por disposición legal, y los que se pacten expresamente por las partes que no son salario. Sin embargo, para que dicho pacto o cláusula de exclusión salarial, sea tomado como tal, debe ser expreso, claro, preciso y detallado de los rubros o conceptos cobijados en él, ya que, de no ser así, pueden tener connotación salarial.

En esos términos, al revisar el expediente la Sala encuentra cada uno de los contratos de trabajo que se suscribieron entre las partes desde el año 2006 hasta el año 2015 y en los cuales se estipuló la forma en que el empleador reconocería la remuneración por el servicio prestado de la demandante y los beneficios o auxilios que otorgaría. De esta forma, al revisar el primer contrato de trabajo, que se ejecutó entre el 1 de agosto de 2006 y el 30 de junio de 2007, se advierte, frente a lo relacionado con el recurso, que en la cláusula decimoprimera las partes estipularon lo siguiente: *“De conformidad con el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, de*

común acuerdo se estipula que EL (LA) DOCENTE devengará, a partir del 1 de agosto de 2006, como contraprestación por el servicio... un salario básico mensual de \$1.265.825... El salario pactado corresponde al año escolar, esto es, el comprendido entre el día 1 de agosto de 2006 y el 30 de junio de 2007... ”.

En el párrafo segundo ibidem las partes establecieron lo siguiente: *“En los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 50 de 1990 artículo 15, queda expreso y así se conviene que ninguno de los pagos no enumerados tiene el carácter de salario. Igualmente acuerdan que los siguientes beneficios o auxilios, de conformidad con la misma norma, tampoco tendrán naturaleza salarial, tales como: el transporte gratuito prestado por el patrono, los vales o bonos de Sodexo pass, el almuerzo comunitario tomado en la cafetería del colegio, las becas que para estudio de los hijos de EL (LA) DOCENTE otorgue el colegio. Que cualquier suma de dinero que por los anteriores conceptos especialmente definidos y los contenidos en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado como ya se dijo, haga el GIMNASIO FONTANA S.A. a EL (LA) DOCENTE, no constituye salario y por ende no tendrán incidencia alguna en las cargas prestacionales que se causen a favor de éste”* (subraya la Sala).

Más adelante, se estipuló en la cláusula decimotercera lo siguiente: *“de conformidad con los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogados por los artículos 15 y 16 de la ley 50 de 1990, respectivamente, las partes han acordado que EL (LA) DOCENTE recibirá, a partir del 1 de agosto de 2006, los siguientes beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados contractualmente u otorgados en forma extralegal por el GIMNASIO FONTANA S.A., respecto de los cuales las partes expresamente acuerdan que ninguno de ellos es constitutivo de salario, ni en dinero ni en especie, y que, en consecuencia, no se tendrán en cuenta para ningún efecto prestacional y tampoco harán parte de la base para calcular los aportes parafiscales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la ley 344 de 1996. El monto total de estos beneficios asciende a la suma de \$610.000”* (subraya la Sala). En esta misma cláusula se listaron 18 **beneficios** tales como: seguro de vida individual, fondos de inversión, plan complementario de salud, financiación vivienda, comunicaciones, vehículo combustible y mantenimiento primario, seguros de vehículo, clubes y centros recreacionales, entre otros; de los allí listados se observa que entre las partes se pactó que la demandante recibiría la suma de \$200.000 por concepto de “fondo voluntario de pensiones empleado”, \$300.000 por concepto de “arrendamiento” y \$110.000 por concepto de “administración” para un total de \$610.000.

Posteriormente en el párrafo primero ibidem, se estipuló lo siguiente: *“Los beneficios mediante esta cláusula estipulados han sido seleccionados por EL (LA) DOCENTE libremente, con base en su plan financiero personal y familiar, entre aquellos ofrecidos por la compañía en el reglamento expedido por esta para regular todo lo concerniente a tales beneficios. Las partes podrán modificar la distribución del monto acordado de beneficios, con sujeción a dicho reglamento. EL GIMNASIO FONTANA seleccionará de los proveedores de los beneficios*

colectivos, aquel que presente las mejores condiciones y servicios”; y continúa el parágrafo segundo: “las partes aclaran que durante el periodo de vacaciones disfrutadas, incapacidades transitorias y licencias de maternidad y paternidad se continuarán reconociendo, los beneficios indicados en esta cláusula segunda (sic)” (subraya la Sala).

Aunado a lo anterior, se observa que en la cláusula decimocuarta las partes acordaron: “Adicionalmente a lo estipulado en la cláusula segunda, el GIMNASIO FONTANA otorgará al TRABAJADOR los siguientes beneficios, respecto de los cuales las partes expresamente acuerdan, de la misma manera y de conformidad con los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogados por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, respectivamente, que ninguno de ellos es constitutivo de salario, ni en dinero ni en especie. En consecuencia, estos beneficios no se tendrán en cuenta para ningún efecto prestacional ni para el cálculo de los aportes parafiscales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 344 de 1996. a) una póliza de vida e invalidez por un valor asegurado equivalente a cien (100) veces el valor del paquete de beneficios y una póliza de incapacidad transitoria por un valor asegurado de una vez el paquete de beneficios mensual, que serán reconocidas al trabajador a partir de la expedición de la póliza por parte de la compañía de seguros. El seguro de vida e invalidez cubre de manera complementaria las pensiones de invalidez y de sobrevivientes, el seguro de incapacidad transitoria cubre el 100% de los beneficios en caso de enfermedad común y accidente de trabajo, y en proporción a la duración de la incapacidad. b) Un aporte a la cuenta de EL (LA) DOCENTE en el fondo voluntario de pensiones. El GIMNASIO FONTANA establece las condiciones de retiro de dichos aportes que EL (LA) DOCENTE declara conocer. EL (LA) DOCENTE se obliga a no retirar el Fondo Voluntario Corporativo de Pensiones un valor correspondiente al once punto setenta y cinco por ciento (11.75%) del valor del paquete de beneficios, hasta tanto adquiera derecho a la pensión obligatoria. Así mismo, se obliga a destinar el dinero aportado por dicho fondo, para conformar una pensión complementaria, con el fin de mejorar la pensión obligatoria” (subraya la Sala).

La forma de redacción de las anteriores cláusulas y párrafos se replicó exactamente igual en cada uno de los 8 contratos restante suscritos entre las partes variando únicamente el monto del salario base, el valor de los beneficios y la distribución respecto de los beneficios seleccionados. De esta forma se tiene que:

- En el segundo contrato (del 1 de agosto de 2007 al 30 de junio de 2008) el salario base correspondió a la suma de \$1.355.018, y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: “fondo voluntario de pensiones empleado” por la suma de \$332.982 y “arrendamiento” por la suma de \$320.000 para un total de \$652.982.
- En el tercer contrato (del 1 de agosto de 2008 al 30 de junio de 2009) el salario base correspondió a la suma de \$1.355.018 y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: “fondo voluntario de pensiones empleado” por la suma de \$403.262 y “arrendamiento” por la suma de \$390.280 para un total de \$793.542.

- En el cuarto contrato (del 1 de agosto de 2009 al 30 de junio de 2010) el salario base correspondió a la suma de \$1.434.808, y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: *“fondo voluntario de pensiones empleado”* por la suma de \$452.385 y *“arrendamiento”* por la suma de \$390.280 para un total de \$842.665.
- En el quinto contrato (del 1 de agosto de 2010 al 30 de junio de 2011) el salario base correspondió a la suma de \$1.421.143, y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: *“fondo voluntario de pensiones empleado”* por la suma de \$200.000 y *“arrendamiento”* por la suma de \$747.429 para un total de \$947.429.
- En el sexto contrato (del 1 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012) el salario base correspondió a la suma de \$1.650.421, y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: *“fondo voluntario de pensiones empleado”* por la suma de \$352.894, *“arrendamiento”* por la suma de \$300.000, y *“administración”* por la suma de \$160.000 para un total de \$812.894.
- En el séptimo contrato (del 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013) el salario base correspondió a la suma de \$1.855.900, y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: *“fondo voluntario de pensiones empleado”* por la suma de \$534.100 y *“arrendamiento”* por la suma de \$380.000 para un total de \$914.100.
- En el octavo contrato (del 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2014) el salario base correspondió a la suma de \$2.330.880, y en la cláusula decimotercera se pactó la exclusión salarial de los siguientes beneficios: *“ahorro Skandia”* por la suma de \$170.000 y *“arrendamiento”* por la suma de \$380.000 para un total de \$550.000.
- En el noveno contrato (del 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015) el salario base correspondió a la suma de \$2.450.000, y en la cláusula decimotercera se mantuvo el pacto de exclusión salarial de los siguientes beneficios: *“ahorro Skandia”* por la suma de \$170.000 y *“arrendamiento”* por la suma de \$380.000 para un total de \$550.000.

También se aportó un otrosí suscrito el 1 de febrero de 2013 únicamente para el séptimo contrato en el que las partes estipularon lo siguiente: *“Pagos que no constituyen salario. Las partes acuerdan que a partir de la firma del presente documento EL EMPLEADOR reconocerá a EL TRABAJADOR los siguientes **beneficios adicionales** a su salario, el cual está regido por el artículo 128 del C.S.T., subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Pago del valor correspondiente al auxilio extralegal de vivienda, por la suma de \$600.000 (seiscientos mil pesos moneda corriente), el cual destinará el trabajador de manera única y exclusiva para dicho fin”;* seguidamente se indicó en el párrafo primero lo siguiente: *“tanto EL EMPLEADOR como EL TRABAJADOR son conscientes que tal pago no retribuye el trabajo aportado por este último a favor de la empresa. Por lo tanto es su común intención, de conformidad con los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990, que el pago que se hace no tenga naturaleza salarial ni prestacional y por lo tanto no se ha de tener en cuenta como factor salarial para la liquidación de acreencias laborales, ni para el pago de indemnizaciones, ni para el*

pago de cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social, ni para el pago de aportes parafiscales”.

Posteriormente se suscribió un otrosí el 1 de julio de 2013, únicamente para el octavo contrato, en el que se estipuló *“un auxilio extralegal de vivienda mensual por valor de \$800.000... el cual no es constitutivo de salario ni tiene efecto prestacional alguno”*; y un último otrosí el 1 de julio de 2014 únicamente para el noveno contrato en el que las partes pactaron *“un auxilio extralegal de alimentación mensual por valor de \$832.000... el cual no es constitutivo de salario ni tiene efecto prestacional alguno”* (subraya la Sala).

Los anteriores medios de prueba evidencian que durante los diferentes contratos de trabajo celebrados por las partes el empleador reconoció en favor de la demandante un salario ordinario correspondiente a un monto fijo, y adicionalmente se acordó el pago de unos *“beneficios o auxilios habituales”* pactados de esta forma en cada contrato y que según se pactó no constituían salario porque así lo estipularon expresamente las partes; estos beneficios eran escogidos libremente por la demandante de una lista de beneficios, de conformidad con lo indicado en cada contrato y ratificado por las testigos Sandra Viviana Villarraga y Gloria Esperanza Rodríguez; en particular, se observa que la demandante escogió dentro de los contratos los siguientes beneficios: *“fondo voluntario de pensiones empleado”, “arrendamiento”, “administración”, y “ahorro Skandia”*. También se pactó en los contratos el reconocimiento de unos beneficios adicionales, y en los otrosíes atrás mencionados un auxilio extralegal de alimentación y auxilio extralegal de vivienda, montos todos que se excluyeron como factor salarial.

Pese a lo anterior, no puede soslayarse que, tal como lo subrayó la Corte en la sentencia ya citada de radicado 95136 *“...la simple suscripción del acuerdo de voluntades no se erige como obstáculo insalvable, que impida descubrir el carácter salarial de un beneficio o incentivo reconocido por el empleador, toda vez que, si se acredita que tal erogación halla venero en la prestación del servicio, la eficacia de tal pacto deviene seriamente comprometida...”*. Adicionalmente no está demás recordar que el carácter remuneratorio de un rubro específico no emana directamente de la ley, sino que en cada caso deben analizarse los elementos fácticos en aras de establecer cómo se consagró y si con él se retribuyen o no directamente los servicios prestados; es decir, la definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. De esta forma debe entenderse que para determinar la verdadera naturaleza de un pago, no basta con que se entregue

de manera habitual o que sea un suma fija o variable, sino que se debe examinar si su finalidad es remunerar de manera directa la actividad que realiza el asalariado.

Así las cosas, si se circunscribe el análisis a los conceptos que la actora pretende que se declaren parte integral de su salario, en primer lugar, la Sala analizará el que se denominó en los comprobantes de nómina aportados al expediente como “*beneficios*”. Sobre este concepto, la representante legal del demandado indicó que la intención del colegio al otorgar unos beneficios, consistía en que los empleados organizaran sus finanzas, y por esto podían elegir una serie de beneficios a su voluntad; sobre el mismo tema, la testigo Villarraga, contadora del demandado, indicó que los beneficios se distribuían y se pagaban a terceros de acuerdo con lo indicado por cada docente, lo cual se veía reflejado en los cupones de nómina como “*devengos*” y luego, dependiendo del tercero al que se le pagara, se veía reflejado como “*deducciones*”; también afirmó que cada trabajador escogía de forma libre los beneficios que quería de acuerdo al monto que se establecía en el contrato de trabajo. En el caso puntual de la demandante indicó que ella escogió, dentro del paquete de beneficios, un beneficio de arrendamiento y el beneficio de una suma de dinero que se enviaba a Skandia. Frente al beneficio de arrendamiento, explicó que este consistía en un pago a un tercero que había sido previamente autorizado por la demandante; aclaró que, por ejemplo en el último contrato, la demandante contaba con \$550.000 en beneficios, de los cuales una parte se destinaba a ese beneficio de arriendo que se consignaba directamente al tercero que ella indicaba (su arrendador); y que incluso ese beneficio no alcanzaba a cubrir todo el monto del arriendo que ella pagaba, razón por la cual, ella también autorizaba para que de su salario se descontara el valor restante del arriendo con el fin de que la empresa pagara la totalidad del mismo al tercero por ella indicado; así también lo explicó la testigo Rodríguez, asistente de talento humano, quien indicó: *“El beneficio de arrendamiento consiste en que el empleado le informa a la empresa que quiere que se le pague su arriendo a un tercero y cuando el monto no alcanza por la parte flexible para poder girar el 100% de ese valor, el Colegio hace un descuento de nómina para completar el valor del arriendo y gira, por eso aparece beneficio arriendo y préstamo arriendo para completar el 100% de la obligación que tiene Camila con la persona que tenía su arriendo”*.

Aunado a lo anterior, se aportaron con el escrito de contestación de la demanda tres documentos de autorización de transferencia de fondos como pago de beneficios suscritos por la demandante el 28 de junio de 2011, 26 de junio de 2013 y 23 de junio de 2014 a través de los cuales autorizó el pago de \$300.000 durante el sexto contrato, \$380.000 durante el octavo contrato y \$1.200.000 durante el noveno contrato en favor de María Eugenia Noriega

Rueda en la cuenta de ahorros No.603013433 del banco Corpbanca. Frente a este pago, la Sala debe manifestar que si bien el hecho de que el mismo se consignara en favor de un tercero no es concluyente para descartar su naturaleza salarial, pues podría tratarse de una simulación para entregar dicho pago a través de ese tercero, lo cierto es que llama la atención que para uno de los contratos la misma demandante autorizó al empleador para descontar directamente de su salario una suma adicional que le permitía completar el valor del canon de arrendamiento; así lo manifestaron las testigos Villarraga y Rodríguez al indicar que la demandante autorizó de forma expresa un descuento de nómina con el fin de completar junto con el beneficio de arrendamiento el 100% del canon de arrendamiento que ella tenía. Esas manifestaciones encuentran respaldo en la carta de fecha 26 de junio de 2014 a través de la cual la demandante señala: *“autorizo de manera permanente e irrevocable al Gimnasio Fontana, para que descuenta de mi salario la suma de \$10.920.000 en 12 cuotas por valor de \$910.000 cada una, a partir del mes de julio de 2014...”* circunstancia que también se ve reflejada en los comprobantes de nómina entre agosto de 2014 y junio de 2015. Es claro entonces que el valor que el empleador otorgaba en beneficio de la trabajadora, realmente correspondía a un beneficio para cubrir específicamente parte de su arriendo, el cual se consignaba en favor del tercero por ella señalado.

Con relación al segundo beneficio denominado *“fondo voluntario de pensiones empleado”* en algunos contratos, y *“ahorro Skandia”* en otros, la testigo Villarraga manifestó que correspondía a un ahorro voluntario que se realizaba en nombre del trabajador y que se giraba directamente a Skandia; no obstante, debe reparar la Sala que al ser cuestionada la declarante sobre este pago indicó que los valores pagados a través de este beneficio *“eran recursos de libre disponibilidad, entonces las personas podían entrar a su cuenta de Skandia y retirar el dinero”*; de allí que la Sala encuentra que los valores pagados bajo esta denominación a través de Skandia, realmente constituían salario, pues no se trató de una cuenta a través de la cual se constituyera en efecto un ahorro que posteriormente generara un rendimiento y que beneficiara al trabajador a futuro, sino que simplemente se destinó un monto de dinero que sería consignado a una cuenta del trabajador en Skandia y que era de libre disposición por parte de este; lo que sin duda alguna desdibuja la calidad de beneficio indicado por el demandado y permite concluir que esos valores realmente retribuían el servicio prestado por la demandante.

En este punto cabe resaltar que el testigo Enrique Lázaro Delgado manifestó en una de sus respuestas que el demandado dividía el sueldo en secciones que denominaron beneficios *“pero lo cierto es que uno no recibía el sueldo completo sino partido en todos esos bonos y secciones y lo que llamaban ahorro voluntario y un poco de cosas”*, así

también lo indicó la testigo Ángela Carvajal, aunque enfatizó que realmente no recordaba en qué consistía cada beneficio que el empleador les reconoció. Lo indicado por estos dos testigos, aunque no precisan los valores o los conceptos que el empleador pagaba de forma adicional a sus salarios, permite evidenciar que el demandado implementaba una modalidad de pago en la cual brindaba una serie de beneficios a los trabajadores, entre ellos la demandante; sin embargo, como ya se indicó anteriormente, el carácter salarial de esos pagos debe ser analizado de acuerdo a su naturaleza, y si retribuían o no el servicio prestado. Es por ello que la Sala encuentra que a diferencia del beneficio de arrendamiento, el cual fue destinado específicamente para brindar un beneficio de arriendo a la demandante, que se giraba al tercero por ella indicado e incluso con una autorización expresa de la demandante para descontar de su salario el valor restante que permitía completar el arriendo; el denominado beneficio de ahorro voluntario o ahorro skandia, no tenía una finalidad específica, no generaba un ahorro ni una rentabilidad a la trabajadora, pues ella podía disponer de esos recursos libremente como lo indicó la testigo Villarraga; por tanto es claro que este pago sí constituía factor salarial.

Con esto, se observa que al expediente se aportaron algunos comprobantes de nómina de los últimos 4 contratos celebrados desde el año 2011 hasta el año 2015; y al contrastar lo manifestado por las testigos Villarraga y Rodríguez con lo indicado en los contratos de trabajo en cuanto a estos beneficios, la Sala encuentra que en todos los comprobantes de nómina se registró en los conceptos devengados un rubro denominado “*beneficios*” y que paralelamente se registró en las deducciones un valor por concepto de “*beneficio ahorro f. vol*” (sic) y “*beneficio arrendamiento*” que sumados coinciden exactamente con el valor de los beneficios pactados en los contratos para cada año. De esta forma, aunque se encuentra acreditado que los rubros de estos beneficios no ingresaban, por lo menos directamente, al patrimonio de la subordinada, sino que realmente eran consignados en favor de terceros, lo cierto es que el pago que se realizaba a través de Skandia retribuía el servicio prestado, y la modalidad de pago utilizada buscó ocultar una cifra que era salario. A manera de ejemplo, nótese que en el desprendible de nómina del mes de mayo de 2015 en la columna de devengados se registró como beneficios la suma global de \$550.000 y en la columna de deducciones se registró la suma de \$170.000 por concepto de beneficio ahorro fondo y la suma de \$380.000 por concepto de beneficio arrendamiento, de conformidad con lo pactado en el contrato de trabajo. Por consiguiente, para los efectos de esta sentencia, se tendrá como factor salarial los valores pagados en favor de la demandante por concepto de beneficio ahorro fondo voluntario.

Las anteriores consideraciones llevan a la Sala a concluir que de las sumas reconocidas por el empleador en favor de la demandante por concepto de "beneficios" no constituyen salario únicamente en lo relacionado con el "*beneficio de arrendamiento*"; en primer lugar, porque así lo establecieron las partes de forma expresa, clara y detallada a través de un pacto de exclusión salarial, y si bien esta estipulación no es suficiente para descartar la naturaleza salarial, como antes se dijo, en el presente caso sí lo es porque el beneficio otorgado por concepto de arrendamiento no ingresaba directamente al patrimonio de la demandante, por lo tanto no incrementaba su patrimonio ni retribuía el servicio prestado; el beneficio de arrendamiento, de conformidad con las pruebas practicadas, se entregaba directamente al tercero indicado por la actora, María Eugenia Noriega Rueda, lo que constituye un beneficio de "*habitación*" en los términos del artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo. No escapa a la Sala que hipotéticamente puede ocurrir que una suma determinada pagada en favor de un tercero pueda considerarse salario, pero para que ello sea así el esfuerzo probatorio del trabajador debe ser mayor y dirigirse a probar este sofisticado disfraz, pero aquí tal situación no ha sido planteada y mal haría el juez en asumir como indebida una conducta que ni siquiera el propio interesado ha planteado en tales términos.

De forma contraria, el beneficio de ahorro fondo voluntario debe tenerse como salarial pues aunque los fondos de pensiones privados cuentan con diferentes planes que permiten complementar las pensiones obligatorias de los afiliados y planes de ahorro, lo cierto es que este rubro en particular no fue creado como un mecanismo de ahorro e inversión que generara una rentabilidad en favor de la demandante, ya que la disponibilidad de los recursos consignados a través de Skandia por este concepto eran de libre disposición, tal como lo señaló la testigo Villarraga, siendo de libre acceso para la demandante en cualquier momento. En este punto debe recalcar que en una situación similar, ventilada en la sentencia con radicado 95136 la Corte Suprema de Justicia consideró salario unos rubros que en ese caso tienen cierta semejanza con los que aquí se analizan como son aportes voluntario empresa (en ese caso a Protección), lo que permite entender que cuando estos recursos no reflejan un verdadero beneficio para el trabajador, sino que su destinación es simplemente aparente, deben considerarse como parte del salario, pues en este caso particular, la demandante podía tener acceso a esos recursos en cualquier momento y disponer de ellos a su voluntad.

Continuando con el análisis del segundo concepto del que se pretende el reconocimiento como factor salarial, la Sala se referirá a los denominados "*beneficios adicionales*"; estos beneficios adicionales se pactaron en los contratos como una póliza de vida e invalidez, una póliza de incapacidad transitoria y un

aporte adicional a la cuenta de la demandante en el fondo voluntario de pensiones. Respecto de estos beneficios adicionales tanto la testigo Villarraga como la testigo Rodríguez coinciden en que la empresa asumía el pago completo de estos beneficios; respecto del primero, la testigo Villarraga afirmó que se trataba de un seguro de vida que la empresa pagaba en favor de la actora y que en los desprendibles de nómina se registraba en los deducibles como *“beneficio seguro Chubb”*, y ambas testigos indicaron que el segundo beneficio se consignaba directamente a Skandia y se dividía en 3 fondos, de allí que en los mismos comprobantes de pago antes analizados se haya registrado como deducibles los siguientes conceptos *“beneficio f. vol 1”*, *“beneficio f. vol 2”*, y *“beneficio f. vol 3”*; los cuales sumados entre sí junto con el denominado *“beneficio seguro Chubb”* dan como resultado el valor consignado bajo el rubro de beneficios adicionales en la columna de conceptos devengados.

Con relación a los 3 pagos que se realizaban a Skandia, ambas testigos manifestaron que uno de los pagos correspondía a un pago en favor de la demandante a un fondo voluntario de pensiones el cual no podía ser retirado por el trabajador hasta que alcanzara el derecho pensional porque estaba destinado a mejorar la mesada pensional, el otro correspondía a un pago que aritméticamente equivalía a cesantías y el otro era un pago que equivalía a las primas de servicios; la testigo Rodríguez explicó que estos pagos se manejaban de igual forma que las prestaciones sociales, en ese sentido, aquellos montos que se giraban como las primas de servicios, solamente podían ser retirados por el trabajador en junio o diciembre y lo mismo ocurría con el monto que se pagaba como cesantías. Esta manifestación también encuentra respaldo en lo dicho por el testigo Enrique Lázaro Delgado, pues en una de sus respuestas indicó que la parte que se consignaba a Skandia no podía ser retirada en su totalidad, ni tampoco cuando los trabajadores querían, sino que en determinados momentos se podía retirar algunos montos de acuerdo a lo indicado por el demandado.

Aunado a lo anterior, la Sala encuentra que en los desprendibles de nómina aportados al expediente, se advierte que durante la ejecución de los contratos el empleador reconoció el pago de primas de servicios e intereses a las cesantías y también se advierte que se realizaron consignaciones de las cesantías a fondos de cesantías pues se aportaron las autorizaciones para que la demandante retirara las cesantías consignadas en el 2006, 2007, 2009 y 2014 en Porvenir y el Fondo Nacional del Ahorro. Lo anterior demuestra que el rubro que se destinaba a Skandia a través de estos beneficios, a diferencia del ahorro voluntario que se estudió anteriormente, sí se encontraba establecido como un verdadero beneficio en favor del trabajador, por lo que no puede señalarse que retribuía directamente la prestación del servicio, ya que esos

recursos no eran de libre disponibilidad pues se encontraban destinados específicamente a incrementar o mejorar la mesada pensional futura de la demandante; se trata entonces de un plan diseñado para complementar la pensión obligatoria de la afiliada; este tipo de planes se basan en mecanismos de ahorro e inversión en distintos instrumentos financieros nacionales e internacionales que generan rentabilidad, además de otorgar beneficios tributarios por cumplir determinadas condiciones, por lo que tampoco queda demostrado su carácter salarial, sino que realmente representó un beneficio para la trabajadora, y que para la Sala se consolida como una herramienta eficiente hacia la construcción de una seguridad social complementaria que le permite a la trabajadora mantener su nivel de vida al momento de su pensión o retiro.

En un caso de similares contornos, frente a un pago denominado *“estímulo al ahorro”* que consistía en la entrega de un aporte voluntario sin finalidad retributiva realizado por el empleador con destino al fondo de pensiones del trabajador indicando que *“su finalidad correspondió a un ahorro para mejorar la mesada pensional...sin que pudiera disponer de aquellas sumas cuando a bien tuviera”*, la Corte Suprema de Justicia indicó que dicho pago no retribuía directamente el servicio del trabajador, como quiera que *“no compensa directamente el servicio prestado por los trabajadores, sino que es de índole distinta, se dirige al ahorro voluntario que además, tiene dentro de sus finalidades generar rentabilidad financiera con la administración que del mismo hace una Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y, el hecho de que sea habitual y continuo, no muta su naturaleza no retributiva, ni lo convierte en salario”* (SL 1234 de 2020).

En cambio, aquellos pagos que se realizaban a través de Skandia y cuyo cálculo aritmético se asimilaba a las cesantías y primas de servicios, deben ser declarados como factores salariales para efectos de esta sentencia, pues el pago de estos rubros se realizaba de forma mensual, y podían ser retirados o utilizados por la demandante en determinados meses, es decir, se trataba de recursos a los cuales tenía acceso la trabajadora durante la relación laboral, y los que, una vez eran reclamados, podían ser destinados a su voluntad, circunstancia que impide señalar que no tenían connotación salarial.

De esta forma, la Sala encuentra que el empleador le brindó a la demandante, de un lado, un seguro de vida frente a los riesgos de muerte, invalidez e incapacidad (beneficio seguro chubb) y un rubro para acrecentar la mesada pensional, los que por su naturaleza y destinación no son salario; pero los pagos realizados presuntamente para acrecentar el valor de las cesantías y el valor de las primas de servicio no pueden ser considerados como beneficios sin carácter salarial por cuanto su forma de pago y destinación resulta afín al concepto de salario. A pesar de lo anterior, la Sala debe aclarar que el rubro

destinado para acrecentar la mesada pensional y los valores pagados como cesantías y primas de servicios se realizaban a través de Skandia bajo el rubro global denominado "*beneficios adicionales*" en los devengos, que se dividía como "*Beneficio F. Vol 1*", "*Beneficio F. Vol 2*" y "*Beneficio F. Vol 3*" en la columna de deducciones sin que se encuentre acreditado en el expediente el número de beneficio al que correspondía cada concepto; nótese que incluso las testigos Villarraga y Rodríguez indicaron que no recordaban a qué rubro específico correspondía cada concepto, sin embargo, al tratarse de una circunstancia netamente administrativa, cuya carga demostrativa se encontraba a cargo del empleador, pues debió señalar con precisión cuál de los 3 rubros correspondía a cada concepto; como esto no ocurrió y la demandante acreditó la naturaleza salarial de 2 de los 3 pagos, la Sala debe necesariamente asumir como factor salarial la suma global pagada por concepto de "*beneficios adicionales*" al no lograr identificar los únicos pagos que correspondían al incremento de cesantías y primas de servicios, pues lo anterior es conveniente para desestimular esa práctica de fundir y entremezclar en un solo pago conceptos salariales con los que no tienen esa condición con el fin de obtener beneficios indebidos.

Finalmente, con relación al tercer concepto del que se pretende el reconocimiento como factor salarial, esto es el auxilio de alimentación – vivienda, la Sala encuentra que este beneficio se reconoció únicamente a partir del séptimo contrato (1 de febrero de 2013) y de forma mensual pues su reconocimiento fue pactado por las partes en un otrosí de la misma fecha, en dicha oportunidad se pactó como un "*auxilio extralegal de vivienda*" por un valor de \$600.000, posteriormente en el octavo contrato con el otrosí del 1 de julio de 2013 se incrementó su valor a \$800.000 y en el noveno contrato con el otrosí del 1 de julio de 2014 se denominó "*auxilio extralegal de alimentación*" por un valor de \$832.000. De los comprobantes aportados al expediente se desprende que entre febrero de 2013 y junio de 2013 (séptimo contrato) el demandado reconoció el valor mensual de \$600.000 por concepto de auxilio extralegal de vivienda; entre julio de 2013 y junio de 2014 (octavo contrato) reconoció el valor mensual de \$800.000 por el mismo concepto; y entre julio de 2014 y junio de 2015 (noveno contrato) reconoció el valor de \$832.000 por concepto de auxilio extralegal de alimentación. Pese a que sobre estos conceptos las partes suscribieron un pacto de exclusión salarial, lo cierto es que el pago de los mismos se realizaba directamente al trabajador en conjunto con el rubro del salario, pues así se encuentra señalado en cada uno de los comprobantes de nóminas.

Aunado a ello, al revisar cada uno de los otrosíes, no se indicó específicamente por qué se brindaba ese auxilio, es decir, no se precisó por qué la demandante necesitaba un auxilio de vivienda o de alimentación, o puntualmente cómo

sería utilizado ese auxilio para la destinación que se estableció en esos documentos. Incluso llama la atención de la Sala que el rubro pagado por concepto de auxilio extralegal de vivienda se reconoció de forma paralela al beneficio de arrendamiento, pero el primero se entregaba directamente a la demandante, mientras que el segundo era consignado al tercero por ella autorizado; de esta forma no se encuentra justificado o acreditada la verdadera finalidad de este auxilio; además los pagos realizados por concepto de *“auxilio extralegal de vivienda”* y *“auxilio extralegal de alimentación”* coinciden con el periodo durante el cual la demandante se desempeñó como coordinadora de área de conformidad con lo indicado en la certificación del 29 de mayo de 2015, en la cual la Coordinadora de Desarrollo Humano certificó que a partir del 1 de julio de 2013 la demandante se desempeñó como Docente Coordinadora de área. Esta circunstancia conduce a resolver la incertidumbre en favor del trabajador aplicando la regla general, y es que todo ingreso que reciba el trabajador es salario, pues lo que la Sala advierte es que este pago realmente retribuía los servicios prestados por la demandante, probablemente por la función que también adquirió como coordinadora de área y la destinación prevista en los otrosíes resulta ser aparente, tanto así que ingresaba a su patrimonio junto con el salario y podía ser utilizado de forma libre por la demandante.

Los anteriores argumentos permiten señalar que la reliquidación por las diferencias de cesantías, primas de servicios, aportes al sistema general de seguridad social, la indemnización por despido (artículo 64 del CST) y la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo (artículo 65 del CST) que se solicita en la demanda procede únicamente teniendo en cuenta como factor salarial los rubros reconocidos por concepto de *“fondo voluntario de pensiones empleado”*, *“auxilio extralegal de vivienda”* y *“auxilio extralegal de alimentación”* así como los rubros pagados bajo el concepto global de *“beneficios adicionales”*; mas no por los pagos que se realizaron bajo la denominación de *“beneficio arrendamiento”* y *“beneficio seguro Chubb”* porque estos últimos dos beneficios no constituían salario.

De esta forma se puede establecer que sería dable, en principio, tener esos valores como factor salarial. Ahora, considerando que los comprobantes de nómina que se aportaron al expediente relacionan los pagos hechos a la trabajadora a partir del año 2011, se encuentran plenamente acreditados los pagos por conceptos salariales durante los siguientes contratos y por los siguientes valores: 1) para el contrato que se ejecutó entre el 1 de julio de 2011 y el 30 de junio de 2012 de los factores declarados en esta sentencia como salariales, el empleador pagó un promedio de \$431.605 por concepto de beneficio fondo ahorro voluntario, y \$301.110 como por concepto de beneficios

adicionales, no se realizaron pagos por los demás factores salariales aquí declarados, para un total de \$732.715; 2) para el contrato que se ejecutó entre el 1 de julio de 2012 y el 30 de junio de 2013 de los factores declarados en esta sentencia como salariales, el empleador pagó un promedio de \$534.100 por concepto de beneficio fondo ahorro voluntario entre el 1 de julio de 2012 y el 31 de enero de 2013, pues a partir del 1 de febrero de 2013 y hasta el 30 de junio de 2013 además de ese pago reconoció la suma mensual de \$600.000 por concepto de auxilio alimentación vivienda; adicionalmente se pagó la suma de \$340.608 por concepto de beneficios adicionales durante toda la vigencia de este contrato; lo que implica que desde el 1 de julio de 2012 y el 31 de enero de 2013 el promedio salarial aquí determinado es de \$874.708 y desde el 1 de febrero de 2013 y hasta el 30 de junio de 2013 el promedio salarial es de \$1.474.708; 3) para el contrato que se ejecutó entre el 1 de julio de 2013 y el 30 de junio de 2014 de los factores declarados en esta sentencia como salariales, el empleador pagó un promedio de \$170.000 por concepto de beneficio fondo ahorro voluntario, \$800.000 por concepto de auxilio alimentación vivienda y \$214.424 como beneficios adicionales para un total de \$1.184.424 mensuales; 4) para el contrato que se ejecutó entre el 1 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2015 de los factores declarados en esta sentencia como salariales, el empleador pagó un promedio de \$170.000 por concepto de beneficio fondo ahorro voluntario, \$832.000 por concepto de auxilio alimentación vivienda y \$215.661 por concepto de beneficios adicionales para un total de \$1.217.661 mensuales. Para mayor claridad se muestran los factores salariales por periodos en el siguiente cuadro.

PERIODO		
Del 1 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012		\$ 732.715
Del 1 de julio de 2012 al 30 de junio de 2013: (2 periodos)		-
1)	del 1 de julio de 2012 al 31 de enero de 2013	\$ 874.708
2)	del 1 de febrero de 2013 al 30 de junio de 2013	\$ 1.474.708
Del 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2014		\$ 1.184.424
Del 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015		\$ 1.217.661

Antes de realizar los cálculos correspondientes, atendiendo a lo señalado inicialmente, al encontrarse acreditado el derecho en favor de la demandante, es necesario estudiar si se presenta el fenómeno de la prescripción frente a las acreencias que se establecieron anteriormente y que fueron objeto de la reclamación, esto es, la reliquidación de las diferencias que resulten por todo el tiempo trabajado por concepto de cesantías y primas de servicios, la indemnización por despido (artículo 64 del CST) y la indemnización moratoria por falta de pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo (artículo 65 del CST). De esta forma, es del caso recordar que el séptimo contrato finalizó el 30 de junio de 2013, el octavo contrato

finalizó el 30 de junio de 2014 y el noveno contrato finalizó el 30 de junio de 2015; de igual manera, se tiene que la demanda fue presentada el 10 de julio de 2019 de conformidad con el acta individual de reparto siendo interrumpida válidamente la prescripción frente a estas acreencias laborales el día 3 de abril de 2018 con la reclamación de la demandante; o sea que estarían prescritos los derechos exigibles antes del 3 de abril de 2015.

Dicho lo anterior, es necesario aplicar el término trienal que orienta los procesos laborales, el cual se aplica a cada uno de los derechos de conformidad con la fecha de su causación. Así las cosas, frente a las cesantías se encontraría prescrita la reliquidación correspondiente al séptimo y octavo contrato de forma total, que se ejecutaron entre el 1 de julio de 2012 y el 30 de junio de 2014, no así la reliquidación de las cesantías causadas durante el noveno contrato, que se ejecutó entre el 1 de julio de 2014 y el 30 de junio de 2015, la cual asciende a un valor de \$1.217.661.

Respecto de las primas de servicios, igualmente se encontraría afectada por el fenómeno de la prescripción la reliquidación de las causadas en el séptimo y octavo contrato (1 de julio de 2012 y el 30 de junio de 2014), y también las causadas durante el primer semestre del noveno contrato (1 de julio de 2014 al 31 de diciembre de 2014), siendo procedente el cálculo por las causadas entre el 1 de enero de 2015 y el 30 de junio del mismo año en razón de \$608.831.

Por último, conforme a lo indicado en precedencia, no hay lugar a condenar por concepto de vacaciones ni intereses a la cesantía como quiera que estas pretensiones, al no haber sido solicitadas en la reclamación presentada por la accionante ante el empleador, se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción.

En cuanto a la indemnización por terminación del contrato de trabajo, (que se entiende se refiere al último) es preciso señalar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 64 del CST en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte el empleador, este deberá reconocer al trabajador una indemnización cuyo cálculo dependerá de la modalidad de contrato celebrada y que se dispone en la misma norma. Ahora, es del caso recordar que el artículo 45 del CST dispuso algunas modalidades de contrato dentro de las que se estableció la que dure por la realización de una obra o labora contratada. Para el caso que nos ocupa, es necesario analizar este artículo en concordancia con lo dispuesto en el artículo 101 ibidem en el cual se indica que el tiempo de los contratos de trabajo con los profesores de los establecimientos particulares de enseñanza, se entenderá celebrado por el

año escolar. Sobre esta última disposición la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado en varias oportunidades que: “contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el período académico” (subraya la Sala) (CSJ SL Rad. 15623 de 2001).

Dicho lo anterior, es claro que en los contratos por medio de los cuales una institución educativa vincula a un docente, si las partes no han dicho nada con relación a la duración del mismo, en virtud del artículo 101 del CST dicho contrato se entiende celebrado por un término, esto es, el periodo académico, y una vez este termina, finaliza también el contrato. De conformidad entonces con el precedente jurisprudencial, nada obsta para que las partes por medio de un acuerdo se acojan explícitamente a lo señalado en dicha norma, lo que ratificaría con mayor fuerza la voluntad de las partes de acoger la presunción señalada en el artículo 101 del CST.

Descendiendo entonces a los contratos de trabajo y particularmente al noveno contrato (del 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015) se advierte que, si bien las partes denominaron dicho contrato como uno de *“obra o labor contratada”* en el encabezado indicaron que dicha obra correspondía al *“Año escolar 2014-2015”*; bajo esa misma línea, en la cláusula quinta, que contempla la duración del contrato la partes estipularon lo siguiente: *“el presente contrato se celebra por el tiempo que dure las actividades conexas al año escolar 2014 - 2015 del Gimnasio Fontana S.A. Y subsistirá en el tiempo siempre y cuando persistan los motivos que dieron origen a la contratación, sin perjuicio de las facultades que legalmente le otorga la ley al empleador para terminar el contrato de manera unilateral, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo”*.

De esta forma, para la Sala es clara la voluntad expresada por las partes, desde el momento en que se celebró el contrato de trabajo, de acogerse a la modalidad contemplada en el artículo 101 del CST, esto es, por la duración del periodo académico 2014 – 2015. Esta situación, demuestra que la demandante no fue despedida como erróneamente lo afirma en el escrito de la demanda, ni su contrato terminado por decisión unilateral del empleador, pues su vinculación obedeció a aquella contemplada en el artículo 101 del CST; y lo cierto es que atendiendo el tenor literal de la norma el empleador ni siquiera se encontraba en la obligación de entregar un preaviso a la trabajadora para finalizar el vínculo contractual, pues la norma no lo dispuso así para este tipo de contratos; no obstante, el empleador entregó una carta través de la cual le indicó a la demandante que la obra para la cual había sido contratada finalizaría el 30 de junio de 2015, esto es el periodo académico 2014-2015.

Como consecuencia de lo anterior, no es procedente la condena del demandado al pago de la indemnización por despido sin justa causa contemplada en el artículo 64 del CST, pues, bien es sabido que para que dicha indemnización prospere, le corresponde a la demandante demostrar únicamente el hecho del despido y posterior a ello, el empleador deberá demostrar que el mismo ocurrió con justa causa para exonerarse del pago de la indemnización.

En lo relacionado con la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del CST, bien es sabido que esta indemnización no es de aplicación automática, pues es necesario evaluar la conducta del empleador durante la relación laboral en lo concerniente a sus obligaciones y con el pago de las acreencias laborales y de seguridad social que por ley debe sufragar, y, en caso de encontrar atendibles las razones esgrimidas por aquel, podrá eximirlo del pago de esta indemnización.

Pues bien, con base en estas directrices la Sala encuentra que está demostrado, como se analizó a lo largo de esta sentencia, que el demandado sin fundamento aceptable, restó naturaleza remuneratoria a pagos habituales, directamente retributivos de la función específica de la trabajadora como docente y, por ende, no liquidó ni pagó a plena satisfacción de la demandante la totalidad de sus prestaciones sociales incluyendo el valor total de los conceptos salariales. En este tipo de situaciones, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que al pactar una cláusula contractual que le resta incidencia salarial a un auxilio o bonificación que, por las condiciones en que se paga, es claro que constituía factor salarial, el empleador no está actuando de buena fe y por lo tanto es procedente la condena de la indemnización contemplada en el artículo 65 del CST (CSJ SL 485-2019 y LS 3778 de 2022).

Así las cosas, debe considerarse que la terminación del último vínculo laboral se dio en vigencia del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, además de que el salario de la actora era superior al mínimo legal y la demanda se presentó después de los 24 meses posteriores a la finalización de la relación laboral, esto es el 10 de julio de 2019, sin que se hubiera presentado el fenómeno de la prescripción por haber sido interrumpida la misma en debida forma, solo se deberán intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales, pues la Corte Suprema de Justicia ha entendido que la reclamación inoportuna, es decir por fuera de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria equivalente a un día de salario por un día de retardo y solamente le asiste el derecho a los intereses moratorios

contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico (SL 1005 de 2021).

Bajo ese entendido se condenará al demandado al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 65 del CST a partir del 1 de julio de 2015 y hasta la fecha en que se paguen las acreencias sociales insatisfechas por concepto de cesantías y primas de servicios.

Con relación a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en pensión, es del caso recordar que el reclamo de los mismos puede presentarse en cualquier época, pues al constituir la base de un derecho pensional que está en formación no es dable aplicar el fenómeno de la prescripción sobre los aportes. En ese sentido, aunque el juez de primera instancia declaró probada la excepción de prescripción frente a todas las acreencias laborales reclamadas, dentro de ellas el pago de la diferencia de los aportes al sistema de seguridad social en pensión, la Sala encuentra procedente condenar al demandado al pago de las diferencias de los aportes teniendo en cuenta los factores salariales que aquí se acreditaron, pues es claro que al quebrarse la excepción de prescripción se impone el estudio de las acreencias frente a las cuales se declaró la misma, máxime si se considera que los aportes fueron solicitados de forma expresa en el escrito de la demanda. Para tal efecto se tendrán en cuenta los siguientes factores salariales durante los siguientes periodos:

- Para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012 la suma de \$431.605,
- Para el periodo entre el 1 de julio de 2012 al 31 de enero de 2013 la suma de \$874.708,
- Para el periodo entre el 1 de febrero de 2013 al 30 de junio de 2013 la suma de \$1.474.708,
- Para el periodo entre el 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2014 la suma de \$1.184.424,
- Para el periodo entre el 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015 la suma de \$1.217.661.

El pago de los aportes se deberá realizar en favor de la actora junto con los intereses moratorios causados al respectivo fondo de pensiones al que se encuentre afiliada; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste si continúa afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección de acuerdo con los aportes que se realizaron durante los contratos de trabajo con el demandado o si se encuentra afiliada a una distinta; y en caso de guardar silencio al respecto, el accionado procederá con el pago de dichos aportes con los intereses moratorios a

Protección; se le concede al demandado un término adicional de 5 días después de que venza la oportunidad de la actora para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes con los intereses moratorios y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento de que el accionado no cumpla con su obligación de solicitar la liquidación, tal diligencia deberá hacerla la demandante.

En consecuencia, no queda otro camino que revocar parcialmente la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción y condenando al pago de la diferencia de cesantías, primas de servicios, aportes al sistema general de seguridad social en pensión y a los intereses moratorios contemplados en el artículo 65 del CST.

Así queda resuelto el recurso de apelación.

Sin costas en esta instancia porque el recurso prosperó parcialmente. Se revocan las costas de primera instancia de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia y se imponen a cargo del demandado.

Por lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 3º de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 15 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral de CAMILA ANDREA CHARRY NORIEGA contra GIMNASIO FONTANA S.A. en cuanto declaró probada totalmente la excepción de prescripción; y en su lugar declararla probada, pero de forma parcial, conforme lo dispuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE el ordinal 1º de la sentencia apelada en cuanto absolvió al demandado de todas las pretensiones de la demanda; y en su lugar, condenar al demandado a pagar en favor de la demandante las siguientes sumas y conceptos:

- Por concepto de cesantías \$1.217.661.
- Por concepto de primas de servicios \$608.831.

TERCERO: CONDENAR al demandado al pago de los intereses moratorios contemplados en el artículo 65 del CST, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia financiera a partir del 1 de julio del 2015 y hasta la fecha en la cual se paguen las cesantías y primas de servicios en favor de la demandante.

CUARTO: CONDENAR al demandado a efectuar la liquidación de aportes a pensiones con los correspondientes intereses moratorios que deberá consignar en favor de la demandante al respectivo fondo al que se encuentre afiliada; para tal efecto, se concederá a la demandante el término de 5 días desde la ejecutoria de la sentencia para que manifieste si continúa afiliada a la Administradora de Fondo de Pensiones Protección de acuerdo con los aportes que se realizaron durante los contratos de trabajo con el demandado, o si se encuentra afiliada a una distinta; y en caso de guardar silencio al respecto, el accionado procederá con el pago de dichos aportes e intereses a Protección, para lo cual tendrá en cuenta el IBC adicional determinado en la parte motiva de esta providencia para los siguientes periodos:

- Para el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 al 30 de junio de 2012 la suma de \$431.605,
- Para el periodo entre el 1 de julio de 2012 al 31 de enero de 2013 la suma de \$874.708,
- Para el periodo entre el 1 de febrero de 2013 al 30 de junio de 2013 la suma de \$1.474.708,
- Para el periodo entre el 1 de julio de 2013 al 30 de junio de 2014 la suma de \$1.184.424,
- Para el periodo entre el 1 de julio de 2014 al 30 de junio de 2015 la suma de \$1.217.661.

Se le concede al demandado un término adicional de 5 días después de que venza la oportunidad de la actora para que eleve la solicitud de liquidación de los aportes con los intereses moratorios que liquide el fondo y 30 días para pagar el monto que allí arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora, y en el evento de que el accionado no cumpla con su obligación de solicitarla, tal diligencia deberá hacerla la actora.

QUINTO: CONFIRMAR en lo demás el fallo apelado.

SEXTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia se revocan y se imponen a cargo del demandado.

SÉPTIMO: DEVOLVER el expediente digital “al despacho de origen para su notificación y demás actuaciones subsiguientes”, conforme lo dispone el parágrafo 1º del artículo 2º del Acuerdo PCSJA22-11978 del 29 de julio de 2022.

LAS PARTES SE NOTIFICAN EN EDICTO Y CÚMPLASE,



EDUIN DE LA ROSA QUESSEP

Magistrado



JAVIER ANTONIO FERNÁNDEZ SIERRA

Magistrado



MARTHA RUTH OSPINA GAITÁN

Magistrada



LEIDY MARCELA SIERRA MORA

Secretaria