

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA ELIZABETH OLARTE CAÑÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PROTECCIÓN S.A. Rad. 2019-00664 01 Juz 35.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA ELIZABETH OLARTE CAÑÓN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas de folio 3.

- Declarar la ineficacia y nulidad del traslado al régimen de Ahorro Individual con solidaridad efectuado el 15 de abril de 1996.
- Condenar a la AFP PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, bonos, sumas adicionales, frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado.
- Ordenar a COLPENSIONES recibir a la actora sin solución de continuidad y una vez recibidos los aportes se proceda a corregir y actualizar la historia laboral de la demandante.
- Se declare que para todos los efectos la única afiliación válida es la efectuada el 20 de mayo de 1988 al ISS hoy COLPENSIONES.
- Facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 y 5. Manifiesta que nació el 11 de marzo de 1969 y se afilió al ISS el 20 de mayo de 1988 donde cotizó 282,86 semanas hasta el 15 de abril de 1996, fecha en que se afilió a la AFP PORVENIR S.A, sin haber recibido la

suficiente información para tomar una decisión libre y voluntaria. Que hasta el 30 de junio de 2019 ha cotizado al RAIS 1068,72 semanas para un total de 1350,86 semanas cotizadas. Indica que PROTECCIÓN S.A. debió informar a la actora sobre la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaran 10 años o menos para cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a pensionarse. Que presentó a PROTECCIÓN S.A. derecho de petición el 13 de junio de 2019 solicitando el traslado al régimen de prima media y a COLPENSIONES el 11 de junio de 2019 en el mismo sentido.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad el 15 de octubre de 2019, notificadas las demandadas y la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO; corrido el traslado respectivo contestaron la demanda de la siguiente manera:

COLPENSIONES. - (fl. 108 a 142)

- Se opuso a las pretensiones
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al ISS el 20 de mayo de 1988 y su traslado al RAIS el 15 de abril de 1996, la reclamación del 11 de junio de 2019 y la respuesta negativa. Negó o manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, 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, improcedencia del pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

AFP PORVENIR (Nral.5)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no le constan o no son ciertos los hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

LA AFP PROTECCIÓN S.A.- (fls. 160 a 174)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Aceptó los hechos relacionados con la fecha de nacimiento de la demandada, la afiliación de la demandante al RAIS, la solicitud de traslado y la respuesta negativa, negó o manifestó que no le constan los demás.

- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

COLFONDOS. - Fue vinculada como litis consorte necesario mediante auto del 21 de febrero de 2021.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- Manifestó que no le constan los hechos.
- Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por activa, no existe prueba de causal de nulidad, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de causal de nulidad, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos.

Sentencia de Primera Instancia

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 30 de septiembre de 2021, en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS administrado por PROVENIR S.A. y trasladar a la actora al régimen administrado por COLPENSIONES. Condeno a las AFP demandadas a pagar de su propio peculio los gastos de administración y comisiones en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada a cada uno de los fondos. Condenó a COLPENSIONES a volver a afiliarse a la demandante a régimen de prima media y a recibir los aportes efectuados a las APF. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Llegó a esa determinación al considerar que el deber de información se encuentra en cabeza de la AFP desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, por lo que conforme a la jurisprudencia le correspondía demostrar haber suministrado información veraz y suficiente a la demandante respecto a los beneficios y desventajas del traslado de régimen lo que no ocurrió en el presente caso, sin que fuera necesario demostrar un perjuicio y que la suscripción del formulario no exime a la demandada de la demostración de haber suministrado la información, carga de la prueba que no puede trasladarse al afiliado y que la AFP debe tener una especial diligencia y cuidado en la información que suministra. En razón a ello declaró la ineficacia del traslado a PROTECCIÓN S.A. y la devolución de los gastos de administración con cargo a sus propias utilidades, incluidas las comisiones, están a cargo de todas las administradoras a las cuales estuvo afiliada la actora conforme lo indicó entre otras en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL- 4660 de 2019 y SL 2946 de 2021, razones por las que ordenó la devolución no solo de los aportes

sino de los demás conceptos descontados de la cuenta de ahorro individual de la accionante y gastos de administración, frutos, intereses y comisiones con cargo a sus propias utilidades. Condenó a COLPENSIONES a recibir a la demandante en el régimen de prima media y recibir los aportes. Condenó en costas PORVENIR S.A.

Recurso de apelación

La demandada COLPENSIONES. – Interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que la jurisprudencia ha señalado en la sentencia SI-4934 de 2020 sobre los actos de relacionamiento, que expresó que existen otros medios para determinar el conocimiento del afiliado y que son expresión de esa voluntad los traslados horizontales. Que no existió ningún vicio del consentimiento establecido en el Código Civil y tenía hasta el año 2000 para rescindir de la acción.

PROTECCIÓN S.A. Apela respecto de la devolución de los gastos de administración conforme a los efectos taxativos de la declaratoria de la ineficacia por cuanto el artículo 1746 del C.C. así lo dispone, por lo que se está en contravía con lo dispuesto en la ley lo que constituye una condena en perjuicios a las administradoras sin haber estudiado lo relativo a la responsabilidad lo que genera una afectación directa al debido proceso.

PORVENIR S.A.- Recurre la decisión respecto de la devolución total de los rendimientos cuando la demandante no se encuentra afiliada a PORVENIR S.A. y para la fecha del traslado este tenía plena validez cuando se firmó el formulario de afiliación y que la decisión libre y voluntaria de la afiliada se ha ratificado con los traslados que de manera horizontal ha realizado la demandante. Que ante la inexistencia de afiliación solo se deben trasladar los frutos e intereses y que se debe tener en cuenta la sentencia SI-1069 de 2021 respecto a los actos de relacionamiento que fueron ratificados en el proceso. Igualmente, apela respecto de la condena en costas que se impuso en su contra por considerar que las otras demandadas también resultaron vencidas en el proceso.

COLFONDOS no interpuso recurso de apelación

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión de primera instancia para lo que cita diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia en las que se precisa que la sanción impuesta por la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado y en este caso considera se evidencia la falta al deber de información por parte de los diferentes fondos privados de pensiones lo que llevó a la demandante a tomar una decisión basada en un error.

Parte demandada:

COLPENSIONES.- Solicita se revoque la sentencia de primera instancia para lo que argumenta que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto no se acreditó la existencia de un vicio del consentimiento, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz. Que el formulario de afiliación suscrito por la parte demandante, es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la 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 respectivamente del Código General del Proceso, por lo que probatoriamente no es dable restarle valor y menos desconocerlo.

PORVENIR S.A.- Solicita se revoque la sentencia por cuanto no le asiste razón al fallador de primera instancia, toda vez que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con su representada es eficaz. Advierte que la misma disposición señala que cualquier otra irregularidad produce una nulidad relativa. Señala que el artículo 1508, expresa cuáles son los vicios del consentimiento, esto es, error, fuerza o dolo y en los artículos subsiguientes, se explican que se puede presentar; a) error en la naturaleza del acto o negocio jurídico; b) sobre la identidad del objeto; c) en la calidad del objeto; d) o error en la persona. Así también, el artículo 1513, explica las nociones de fuerza, el 1515 del dolo, el 1517, del objeto ilícito, y el 1524 de la causa ilícita. De otra parte, menciona que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa ADMINISTRATIVA impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss, por lo que no es posible acudir en forma indiscriminada a diferentes normas para resolver el asunto.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del proceso en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que

adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", por lo que se analizará si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y el traslado de la demandante al régimen administrado por COLPENSIONES, así como la devolución del capital acumulado junto con los rendimientos y demás gastos de administración y seguros y sobre la condena en costas.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la respuesta dada por Colpensiones el 13 de junio de 2019 que obra a folio 43 a 45, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 15 de abril de 1996 cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR S.A. y posteriormente efectuó otros traslados horizontales, regresando a la AFP PORVENIR hasta la actualidad. (fl.178)

Validez del traslado de régimen

Respecto a la validez del traslado de régimen La Sala encuentra que la parte actora alega que se debe declarar nulo o ineficaz el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión, la AFP no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía.

Con relación a esto, si bien la demandante el 15 de abril de 1996 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

a) Lugar y fecha;
b) Nombre o razón social y NIT del empleador;

administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante; para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así, porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP hubiera suministrado información veraz y suficiente, en la cual se dejaran claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Como se trata de una decisión importante, como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos o características, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado, entre otras cosas, el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las

c) Nombre y apellidos del afiliado;

d) Número de cédula o NIT del afiliado;

e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;

f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP PORVENIR S.A., entidad esta que asumió la afiliación que hizo la demandante, ya que allegó el formulario de solicitud de vinculación diligenciado por la actora y de la declaración rendida por la actora, no se concluye que hubiera recibido una explicación clara y suficiente, sino una información general del régimen pensional ya que no le fue expuesto un panorama completo de los beneficios y falencias de pertenecer al RAIS, una proyección del monto de su pensión que es posible efectuar actuando el mismo IBC; o cuánto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse a una determinada edad. Así mismo, el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que dicho deber ha existido desde un inicio (SL1452-2019) y es por esto que el argumento de permanencia en el RAIS por muchos años, como tampoco el que se hubiera trasladado entre AFP, procede para pretender convalidar con esa actuación su decisión del cambio de régimen como tampoco el que la actora no hubiera solicitado información, pues era obligación de la AFP suministrarla y ninguna de las AFP demandadas acreditó haber suministrado la información correspondiente.

³ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

Se debe tener en cuenta que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha 3 de septiembre de 2014 SL 12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado, no con posterioridad, debido a que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si el demandante es o no beneficiario del régimen de transición, si tiene el derecho de retracto o cuenta con algún derecho adquirido o una expectativa legítima o si en la actualidad la ley no autoriza su traslado, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *“Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional **no se exige** que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”*.

Respecto a la apelación de la AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A, es preciso indicar que sobre el tema se ha pronunciado la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia de fecha el 29 de julio de 2020 SL 2877 de 2020 con radicación No. 78667 cuya ponente fue la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, que *“El efecto de la declaratoria de la ineficacia del traslado es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiese existido jamás, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicta, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales”*, en consecuencia, la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen conlleva que se deba transferir por parte de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con

⁴ *“Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.*

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

todos sus frutos e intereses, sin que les sea permitido realizar deducción alguna por gastos de administración. Son las AFP las que deben asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, que deben ser entregados de forma indexada, y los rendimientos generados por los aportes, a los cuales no se les aplica el fenómeno de la prescripción dada la naturaleza del derecho en cuestión, ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, con lo cual se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera (SL2877-2020).

"El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida."

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos respecto a la devolución de los gastos de administración y demás descuentos efectuados a la demandante que deberán devolver de su propio peculio las AFP demandadas por el periodo en que estuvo afiliada a cada una de ellas la demandante, como tampoco respecto a los actos de relacionamiento por cuanto no se demostró por parte de ninguna de las demandadas haber suministrado la información correspondiente y en cuanto a la condena en costas impuesta a PORVENIR S.A. se confirmará esta decisión, toda vez que es la AFP a la que actualmente se encuentra afiliada la demandante y quien se opuso al traslado de régimen en la contestación de la demanda por lo que resultó vencida en el proceso. En consecuencia, resultan los anteriores razonamientos suficientes para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las recurrentes PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de septiembre de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. La de primera se confirman. Las de alzada estará a cargo de las recurrentes PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cada una.

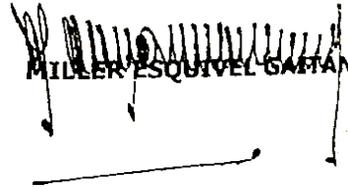
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN