REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-00749-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: SILVIA MARÍA HOYOS VELEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y tarjeta profesional No. 289.256 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Protección S.A. y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora SILVIA MARÍA HOYOS VELEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULIDAD de la afiliación realizada a la Administradora de Fondo de Pensiones PROTECCION S.A. el 01 de diciembre de 2002 por medio de la cual se trasladó del RPMPD al RAIS. Como consecuencia, se condene a COLPENSIONES a recibir a la demandante como afiliada y a la AFP PROTECCION a liberar de sus bases de datos a la actora y, a devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la accionante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos y, al pago de las costas procesales. (fls. 16 a 18 archivo Expediente 19-2019-749).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 13 de junio de 1961; que comenzó su vida laboral el 25 de septiembre de 1980 bajo el empleador INDMAD RENACIMI; que estuvo afiliada a CAJANAL y, posteriormente al ISS; que el 01 de diciembre de 2002 se trasladó a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.; que al momento del traslado el asesor de PROTECCION le afirmó que podría pensionarse a más temprana edad, además, le dijo que el ISS se iba liquidar por lo que sus aportes estaban en riesgo y, que su pensión sería más alta en ese fondo; que no le manifestó que capital requería para obtener una pensión en renta vitalicia y en retiro

programado, ni cuál era el monto requerido para que pudieran heredar sus beneficiarios en retiro programado, ni el plazo que tenía para retornar al RPMPD, ni le elaboró una proyección pensional y, que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.. (fls. 12 a 16 archivo Expediente 19-2019-749).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 16, 17, 18 y 21, dijo no constarle el 2, 3, 19 y 20 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del 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 y la genérica. (archivo Contestación completa SILVIA MARIA HOYOS VELEZ).

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 3 y 4, negó el 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (Archivo 11001310501920190074900 CONTESTACION).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado realizado por la señora SILVIA MARÍA HOYOS VELEZ, identificada con C.C N.° 32.319.979, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., realizado el día 22 de octubre de 2002, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *válidamente vinculada a la demandante SILVIA MARÍA HOYOS VELEZ, identificada con C.C. N.° 32.319.979, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SILVIA MARÍA HOYOS VELEZ, identificada con C.C. N.° 32.319.979, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER A LAS ENTIDADES DEMANDADAS*** *de las demás pretensiones planteadas.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.*

> ***SEXTO:*** *Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de $500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.*
>
> ***SÉPTIMO:*** *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta****.”***

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria esta en cabeza de la AFP; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que la ineficacia no se convalida con los traslados dentro del RAIS; que no es necesaria que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición y, que no existe prueba de que la AFP PROTECCION le haya brindado la información necesaria al momento del traslado por lo que procede la ineficacia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con la orden impartida de devolución de los gastos de administración, pues dichos descuentos están autorizados por le Ley 100 de 1993; que ese descuento opera en ambos regímenes; que obtuvo una Gancia por lo que sus aportes fueron debidamente administrados; que con dicha devolución se genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES; que tiene derecho a conservar la suma descontada por gastos de administración como restitución mutua en su favor; que la Superintendencia indicó que cuando se da un traslado se deben trasladar los dineros de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos financieros, pero no las sumas descontadas por gastos de administración; que opera para esos dela prescripción, pues los gastos de administración no financian directamente la pensión.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el fallo de primera instancia, pues considera que con fundamento en los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 el fondo privado cumple con su obligación al deber de información al momento del traslado con la firma del formulario, la cual se entiende se realiza de manera libre, voluntaria y sin presiones; que el traslado de la demandante no se encuentra afectada por algún vicio del consentimiento, máxime porque la demandante no hizo uso del derecho de retracto; que la demandante nunca se acercó a solicitar información; que el afiliado también debe ser diligente. Solicita se absuelva de la condena en costas porque dicha entidad nada tuvo que ver con la decisión que tomó la demandante. Finalmente, dice que se debe tener en cuenta la sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Silvia María Hoyos Vélez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Protección, en el año 2002 (fl.43 archivo Expediente 19-2019-749), siendo ésta en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Silvia María Hoyos Velez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2002; por lo que se debe dar por demostrado que la

demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el***

formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 2002, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Protección al momento del traslado fue que al cambiarse de régimen su mesada pensional sería más alta; que estaría más segura pues el ISS se iba acabar; que podía tener una pensión anticipada; que podía retirar sus aportes en cualquier momento y que su esposo y su hija podían heredar los aportes.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso y en sus alegatos de conclusión, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Protección S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Protección, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Protección S.A, en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que

reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Protección S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso y sus alegaciones, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30-2019-00719-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUZ PATRICIA COLORADO CORREA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la demandante y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora LUZ PATRICIA COLORADO CORREA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULIDAD del traslado del RPMPD al RAIS debido a la inadecuada asesoría e inducción en error a la actora, por el asesor comercial de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y, se declare sin solución de continuidad la afiliación al RPMPD. Como consecuencia, solicita se condene a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con el respectivo calculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros y depositar dichas sumas en COLPENSIONES. Ordenar a COLPENSIONES para que reciba las sumas trasladadas y, que se le condene a pagar las costas del proceso. (fl. 42).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de noviembre de 1965; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 28 de noviembre de 1985; que logró cotizar en el RPMPD 186 semanas; que en septiembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CENSATIAS S.A.; que al momento del traslado el asesor del fondo privado no cumplió con el deber de información; que nunca se le informó sobre las ventajas o beneficios de continuar cotizando en el RPMPD; que se le afirmó que el ISS se iba acabar y que sus aportes podrían perderse; que no fue ilustrada sobre las ventajas y desventajas de trasladarse al RAIS; que no le elaboraron cuadros comparativos de uno y otro régimen; que no se le explicó que el monto de su pensión en el RAIS dependería del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual; que no le indicaron las modalidades de pensión establecidas en el RAIS; que en la historia laboral expedida por COLFONDOS S.A. el 15 de julio de 2018 aparecen cotizadas 1338 semanas; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable. (fls. 43 a 45).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A.** señaló que se allanaba a las pretensiones de la demanda. (fl. 60)

Por su parte, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4, 27 y 28 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, calidez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la genérica. (fls. 60 a 71).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora LUZ PATRICIA COLORADO CORREA del Instituto de Seguros Sociales, administrador del Régimen de Prima Media, a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, Administrador del Régimen de Ahorro Individual mediante la firma del formulario No. 58261 del 18 de agosto de 1995, pero que cobró efectividad a partir del 1 de septiembre de 1995 conforme a lo expuesto.*
>
> *SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada la demandante señora LUZ PATRICIA COLORADO CORREA al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.*
>
> *TERCERO: Condénese a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el lapso que permaneció en dicho régimen, esto es del 1 septiembre de 1995 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y además deben ser devueltos debidamente indexados.*
>
> *CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, actualice la información*

en la historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: Sin condena en costas ni a favor ni en contra de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

SEPTIMO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

OCTAVO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES."

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria esta en cabeza de la AFP; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que no existe prueba de que la AFP le haya brindado la información necesaria al momento del traslado por lo que procede la ineficacia. Y que la declaratoria de ineficacia no prescribe por ser un derecho constitucional. Finalmente, señaló que no hay lugar a impartir condena en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que con la sentencia se violan algunas normativas legales. Indica que se evidencia que la sentencia no tuvo en cuenta la ratificación que hizo la demandante al encontrarse afiliada por más de 25 años en el RAIS con COLFONDOS. Que la actora no se preocupo por su situación pensional. Que no se observa ninguna solicitud de traslado. Que no cumplió con su deber como consumidor financiero y no se asesoró, ni se preocupó por su situación. Que la accionante no realizó aportes en la bolsa común de COLPENSIONES. Que en caso de que se confirme la ineficacia debe ordenarse la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales y que se debe autorizar a COLPENSIONES que reclame los perjuicios.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Luz Patricia Colorado Correa, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS en el año 1995 (fl. 24), siendo esta entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual, tal y como lo hizo el fallador de primera instancia, lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le

endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Patricia Colorado Correa, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP COLFONDOS, es más dicha entidad se allanó a las pretensiones de la demanda.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la*

afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las**

AFP, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP COLFONDOS al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar; que podía generar abonos si quería y que iba a ganar rendimientos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

No pudiendo tampoco COLPENSIONES como lo hace en sus alegatos alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Respecto a la solicitud presentada por COLPENSIONES en sus alegatos donde pide que se condene a la AFP del RAIS a tratar a la afiliada conforme

a las reglas del RPMPD, no se hará ningún pronunciamiento, como quiera que no fue propuesto al interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, siendo un punto de nuevo que no puede ser presentado en los alegatos.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30-2020-00033-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ALBEN ANTONIO OSORIO VALENCIA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA JULIANA MEJÍA GIRALDO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.144.041.976 y tarjeta profesional No. 258.258 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.232.398.851 y tarjeta profesional No. 334.200 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **PAULA HUERTAS BORDA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y tarjeta profesional No. 369.744 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Porvenir S.A y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 20 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor ALBEN ANTONIO OSORIO VALENCIA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. asesoró de forma errada a e inadecuada al actor; y, que no le suministró la información completa, verídica y comprensible antes de cumplir los 52 años de edad. Como consecuencia, solicita se decrete la nulidad del traslado al RAIS; se ordene a PORVENIR que traslade al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado al RPMPD; junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 40 a 41).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 22 de mayo de 1957; que el 30 de octubre de 1983 se vinculó con el empleador DEPARTAMENTO DEL CAQUETA y fue afiliado a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL; que

posteriormente, el 01 de noviembre de 1995 fue afiliado al ISS hoy COLPENSIONES; que el 01 de diciembre de 1996 se afilió a CAPRECOM; que el 06 de octubre de 1995 a raíz de una mala asesoría se trasladó a PORVENIR; que el asesor de PORVENIR le señaló que no perdería ningún beneficio, que podía pensionarse antes de la edad requerida, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad, y que recibiría una pensión de un monto superior a la que obtendría en el ISS; que en toda su vida laboral ha logrado cotizar 1227 semanas, de las cuales 404 semanas fueron en el RPMPD; que a la presentación de la demanda contaba con 61 años de edad; que no recibió asesoría respecto a la posibilidad de regresar al RPMPD; que no fue asesorada sobre los aspectos negativos de su decisión. (fls. 41 a 43).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 7, 8, 9, 10, 11 y 13, dijo no constarle el 2, 3, 4 y 18 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Cd fol. 130 archivo 02 CONTESTACION PORVENIR).

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1° y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo a las que denominó hecho de la víctima o afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica. (cd fol. 130 archivo 08. CONTESTACION COLPENSIONES)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

"PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante señor ALBEN ANTONIO OSORIO VALENCIA del Instituto de Seguros Sociales a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A realizada mediante formulario No. 00624435 de fecha de suscripción 06 de octubre de 1995, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculado al demandante señor ALBEN ANTONIO OSORIO VALENCIA al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo expuesto.

TERCERO: Condénese a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del actor, junto a sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que ha permanecido en dicho fondo, es decir desde el 1 de noviembre de 1995 hasta cuando se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por concepto de administración deben ser devueltos del patrimonio del fondo debidamente indexados, conforme a lo expuesto.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor ALBEN ANTONIO OSORIO VALENCIA, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: Condénese en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. y a POROTECCION S.A., y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de TRES MILLONES CUATROSCIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS ($3.488.740. (3.84 smlmv).

SEPTIMO: sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.
OCTAVO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES."

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que este tema se debe abordar desde la ineficacia y no desde la nulidad tal y como lo ha enseñado la CSJ. Que no se evidencia que al actor se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado. Que la declaratoria de nulidad no prescribe. Que se debe declarar la ineficacia y se debe ordenar la devolución de todas las sumas recibidas incluidos los gastos de administración.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que debe evaluarse la imposibilidad probatoria que tienen las AFP en este tipo de procesos, pues para la época del traslado lo único que se exigía era el formulario de afiliación. Indica que las AFP después de 26 años no cuentan con un medio de prueba diferente al formulario. Que las AFP realizan un esfuerzo a través del interrogatorio de parte para lograr la confesión, sin embargo esto resulta muy complejo. Que en este interrogatorio de parte llama la atención la forma en que se respondieron las preguntas y que no es posible que se le dé valor probatorio al interrogatorio de parte. Que la única prueba con la que dejan a las AFP es con la declaración de los asesores lo cual es muy difícil. Que los gastos de administración son un emolumento

que debe descontarse por una obligación legal, que no corresponde a un capricho, ni un arbitrio de la AFP, sino que la ley 100 de 1993 estableció que deben ser descontados, para asumir un buen manejo, lo cual se ve reflejado en los rendimientos financieros. Que las sumas descontadas por gastos de administración ya no se encuentran en su poder. Que se debe tener en cuenta el concepto de la superintendencia financiera que dice que en estos casos no es necesario la devolución de los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Alben Antonio Osorio Valencia, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el año 1995 (fl. 436), siendo esta entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual, tal y como lo hizo el fallador de primera instancia, lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que contrario a lo dicho por la AFP PORVENIR en su recurso, **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Alben Antonio Osorio Valencia, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar

información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, es más ni siquiera se entiende que fue lo que le llamó la atención al apoderado de PORVENIR como lo dice en su recurso de apelación, como quiera que el actor reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que

lo único que le informó el asesor de la AFP PORVENIR al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar y que podía perder sus aportes.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995,** resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone

confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Respecto a la solicitud presentada por COLPENSIONES en sus alegatos donde pide que se condene a la AFP del RAIS a tratar a la afiliada conforme a las reglas del RPMPD, no se hará ningún pronunciamiento, como quiera que no fue propuesto al interponer el recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, siendo un punto de nuevo que no puede ser presentado en los alegatos.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que contrario a lo solicitado por la AFP PORVENIR en su recurso de apelación y en sus alegatos, tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A. en su apelación y en sus alegatos, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido

con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04-2019-00417-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LUZ MARÍA BARRERA MILLÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y tarjeta profesional No. 86.117 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.053.806.084 y tarjeta profesional No. 287.279 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas AFP PORVENIR y Colpensiones y del grado de consulta en favor de COLPENSIONES, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 03 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

La señora LUZ MARÍA BARRERA MILLÁN por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. asesoró de manera errada e inadecuada a la demandante al momento de trasladarse y, que no le brindó la información completa, verídica y comprensible antes de cumplir los 47 años de edad. Como consecuencia, solicita se decrete la nulidad del traslado al RAIS administrado por la AFP PORVENIR; se ordene a la AFP PORVENIR que traslade al RPMPD los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES que acepte el traslado de la actora, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de septiembre de 1960; que el 24 de septiembre de 1979 se vinculó al empleador CONFECCIONES PARDO PARDO quien la afilió al ISS hoy COLPENSIONES; que el 01 de enero de 1999 por una mala asesoría se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A.; que al momento de trasladarse se le señaló que no perdería ningún beneficio, que podía pensionarse antes de la edad requerida, que tendría derecho a excedentes de libre disponibilidad y que

recibiría una pensión con un monto mayor al que tendría en el ISS; que actualmente se encuentra afiliada al RAIS en PORVENIR S.A.; que ha cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1777 semanas, de las cuales 775 las cotizó en el RPMPD; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad; que solicitó el traslado de régimen, sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 6).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 5, 7 y 9, negó el 3° y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica. (fls. 79 a 92).

Por su parte, la **Sociedad Administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el contenido en los numerales 1, 2, 7, 9, 11, 12, 13 y 14 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, , compensación y la genérica. (fls. 133 a 163).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

*"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen pensional que Luz María Barrera Millán a la administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A., realizada el 01 de enero de 1999, por los motivos expuestos. En consecuencia declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones debidamente indexadas por el período en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.*

***TERCERO; ORDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES a que una vez efectúe el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.*

***CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

***QUINTO: CONDENAR** en costas a la demandada Porvenir S.A. Fíjense como agencias en derecho por la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.*

***SEXTO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral"*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que no puede entenderse que la decisión de trasladarse de régimen fue libre y voluntaria sino se dio la información debida. Que no es necesario tener un derecho adquirido, ni estar próximo a pensionarse para que proceda la ineficacia de traslado. Que la AFP debía suministrar a la demandante al momento del traslado una información clara y comprensible. Que al absolver la demandante el interrogatorio de parte señaló que no recibió la información necesaria al momento del traslado. Que el formulario de afiliación no es suficiente para dar por demostrado que se brindó la información necesaria al momento del traslado. Que se debe declarar la ineficacia del traslado y se debe ordenar la devolución de los aportes incluyendo los gastos de administración. Que Colpensiones debe aceptar el traslado. Que se debe declarar la ineficacia del traslado y no la nulidad. Que la declaratoria de ineficacia es imprescriptible. (CD fol. 351)

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación señalando que se debe tener en cuenta que la demandante guardó silencio por más de 21 años hasta la data de la reclamación administrativa. Que se logra evidenciar un abandono de su situación pensional. Que la demandante efectúo el traslado de manera libre y voluntaria como lo acepta en el interrogatorio de parte. Que del material probatorio no logra probarse la falta de asesoría. Que la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera. Que no estamos frente a un afiliado lego pues la demandante era profesional al momento del traslado. Finalmente, solicita se realice un pronunciamiento sobre la carga dinámica de la prueba.

Por su parte, la **Sociedad Administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.** impugnó la decisión de primera instancia argumentando que no está de acuerdo en que la carga de la prueba recaiga en la AFP pues para el año 1999 al momento del traslado no existía la obligación de documentar la información que se brindaba a los futuros afiliados, pues sólo se hacía de manera verbal. Que se debe tener en cuenta el concepto de la superintendencia financiera de Colombia. Que el formulario de afiliación no fue tachado ni objetado. Que lo que se puede observar es una falta de diligencia y cuidado como consumidora financiera. Que la demandante ha ratificado su intención de permanecer en el RAIS pues lleva más de 20 años y en ningún momento formuló ninguna inconformidad. Que sólo viene ahora que esta dentro de la prohibición legal. Que en caso de que se confirme la declaratoria de ineficacia no se confirme la devolución de los gastos de administración y seguro previsional, pues se generaría un enriquecimiento ilícito en favor de COLPENSIONES. Que esos descuentos igual se hubiesen realizado en el RPMPD.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Luz María Barrera Millán, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PORVENIR en el año 1998 (fl. 39), la cual se hizo efectiva a partir del 01 de enero de 1999, siendo PORVENIR la entidad en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual, tal y como lo hizo el fallador de primera instancia, lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Luz Marina Barrera Millán, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de*

afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:
(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el

criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP PORVENIR al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar; que iba a recibir una pensión mejor que en el ISS; que las mujeres podían pensionarse antes de cumplir la edad de 57 años; que se generaban rendimientos y, que si llegaba a fallecer sus aportes serían heredados por sus hijos, sin indicarle las desventajas de permanecer en el RAIS ni el paralelo en términos pensionales de continuar afiliada al RPM, por lo que tal asesoría parcializada, no suple el deber de información; aunado a lo cual, la profesión de la demandante no conlleva a que conozca las características de los regímenes pensionales, ya

que su profesión no está relacionada con este ámbito de la seguridad social y el deber de información, se debe suministrar a **todos** los afiliados con independencia de su profesión u oficio.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, y no la demandante como lo pretende COLPENSIONES en su recurso, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

No pudiendo tampoco PORVENIR alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que contrario a lo solicitado por la AFP PORVENIR en su recurso y en sus alegatos, tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A. y en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04-2019-844-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS EDUARDO MATEUS

DEMANDADO: AVIANCA S.A. Y CAXDAC

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 24 de mayo de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de la parte demandante y las de Avianca S.A., sociedad que solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor LUIS EDUARDO MATEUS por intermedio de apoderado judicial, solicita que se CONDENE a Avianca S.A., a pagar a su favor el mayor valor de la pensión producto de la inclusión como factor salarial de viáticos por alojamiento en los montos calculados en dictamen pericial aportado con escrito de demanda o en su defecto el valor que se demuestre en el trámite procesal, junto con retroactivo de dichas diferencias; peticiona de manera

subsidiaria se condene a esta demandada a actualizar, reportar y pagar con destino a la Caja de Auxilios y Prestaciones de Acdac – CAXDAC cálculo actuarial o valor diferencial correspondiente al factor salarial de viáticos por alojamiento percibidos en el último año de servicios, condenando a dicha caja a reliquidar su pensión y cancelar a su favor los valores producto de dicha reliquidación desde la fecha de reconocimiento pensional de manera retroactiva. (fl. 3)

Fundamentó sus pretensiones afirmando que laboró para Avianca S.A., entre el 20 de marzo de 1979 al 30 de abril de 2017 en el cargo de piloto A – 330, que como contraprestación de dicha labor, devengaba un salario variable que se encontraba compuesto por los conceptos descritos en la cláusula 91 de la Convención Colectiva de Trabajo, como son los viáticos de manutención que son de naturaleza salarial; señala que dicho salario incluía el pago de viáticos por alojamiento y pese a que este no se encontraba previsto en la convención colectiva, debía ser incluido ya que se encontraba destinado a proporcionar al trabajador alojamiento y era pagado de forma permanente, pudiéndose cuantificar conforme lo descrito en el artículo 130 del CST .

Afirma que fue pensionado por la Caja de Auxilios y prestaciones de Acdac – Caxdac el 29 de noviembre de 2002 con el 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, con el tope máximo para la época de $6.180.000 conforme lo señalado en la Ley 100 de 1993, indica que dicha prestación no puede ser limitada con fundamento en la precitada Ley 100 ya que es beneficiario del régimen de transición de los aviadores civiles de que tratan los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994, modificado por el artículo 1 del Decreto 1302 de 1994, que dicho salario promedio con el que se liquidó su prestación, no incluía el concepto salarial de viáticos por alojamiento ya que Avianca S.A., nunca lo incluyó como tal ni lo reportó para fines pensionales.

Refiere que con posterioridad al reconocimiento y pago de pensión de jubilación, continuó al servicio de Avianca S.A., mediante otrosí a su contrato y hasta que se produjo su retiro definitivo el 30 de abril de 2017 y el 19 de diciembre de 2018, solicitó a esa demandada una serie de información salarial para poder cuantificar los viáticos de alojamiento por él

percibidos, a lo que esta demandada le respondió aportando los itinerarios de vuelo, salarios devengados y liquidación definitiva, pero no certificó lo pertinente en cuanto a lo pagado por concepto de viáticos de alojamiento, indicando que no existía control individualizado del uso de habitaciones y se negó a entregar copia de contratos hoteleros por su carácter confidencial, que con la documentación aportada por esa demandada, acudió a perito calculista con el fin de que cuantificara en un dictamen los viáticos de alojamiento pagados a su favor y el que reveló que dicha demandada no los había tenido en cuenta para calcular el salario promedio devengado en el último año de servicios, que el pago de dicho emolumento se encuentra consagrado en la cláusula 120 de la CCT suscrita entre Avianca S.A. y ACDAC, de la cual es beneficiario.

Señala por último que siempre que fue requerido por su empleador, pernoctó en los hoteles que la demandada tenía contratados para dicho propósito y nunca acudió a un sistema de alojamiento distinto al dispuesto por esta, que dichos viáticos no fueron reportados durante el transcurso de la relación laboral por parte de Avianca S.A., para aportes pensionales y no especificó el valor por tal concepto, que agotó reclamación administrativa ante Caxdac el 17 de septiembre de 2019. (fls. 3 a 5).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez notificada en legal forma la demandada Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores – CAXDAC, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 4, 5 y 20 a 22 y manifestó no constarle los demás; propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, prescripción, sostenibilidad financiera de CAXDAC. (fl. 309)

La demandada Avianca S.A., de igual forma se opuso a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 4, 5, 8 y 9, manifestó no constarle los No. 11, 13, 16 y 20 y negó los demás. Propuso las excepciones de prescripción, pago, pensión reconocida con el tope legal aplicable a las pensiones de jubilación reconocidas por administradoras del RPM como lo es CAXDAC, inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fl. 333)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió en sentencia del 24 de mayo de 2021, absolver a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y reconocimiento de la pensión conforme a los topes legales establecidos en la Ley. (fl.424).

Como fundamento de su decisión, señaló el Juez:

El artículo 130 del CST establece que los viáticos permanentes constituyen salario en la parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento, pero no en lo que solo tenga finalidad proporcionar los medios de transporte, los gastos de representación, al respecto la CSJ en sentencia 64320 de 2019 estableció que "en ese orden los viáticos son salario en aquel componente destinado a manutención y alojamiento y cuando quiera que los mismos sean permanentes; contrario los que se conceden de manera accidental o transitoria corresponden a la categoría para el cumplimiento de la labor que no contribuyen a enriquecer el patrimonio del trabajador", ahora es importante señalar que la CSJ se ha referido respecto a los viáticos por alojamiento punto que pretende hacer valer Avianca aduciendo en síntesis que al cumplirse las características de ser permanente tendría incidencias a lugar, al respecto, señaló dicha Corporación que resulta claro constituye salario los viáticos en dólares recibidos por los demandantes por las actividades cumplidas al desarrollar su trabajo se hicieron habituales puesto que si no se suministraban no podían pernoctar en países extranjeros.

En el presente caso se predica la convención colectiva de trabajo, se ha hablado del reconocimiento de viáticos a los pilotos cuando estén fuera de la ciudad donde residen, igualmente tenemos que el representante legal de la entidad demandada en el interrogatorio de parte que absolvió indicó que en el año que va desde el noviembre de 2001 a noviembre de 2002 al actor no le fueron tenidas en cuenta los dineros pagados por concepto de viáticos que pagó Avianca a los Hoteles con los cuales contrata el servicio de hospedaje para sus pilotos. Igualmente se tiene conforme a las declaraciones rendidas por los testigos Elizabeth Triana y Jorge Cortez testigos de la parte actora, que efectivamente las tripulaciones de los aviones debían hospedarse en los Hoteles que eran asignados por la demandada Avianca, que siempre deberían estar allí pero no precisan las fechas y los lugares en que pernoctaron siempre en que lo hizo el actor Luis Eduardo Mateus Ortegón es menester indicar que estos testigos son creíbles en cuanto a razón de su dicho pues son compañeros de trabajo del actor, igualmente también trabajan en la empresa y estaban regidos por la misma relación; no obstante a lo anterior se advierte que de su dicho no traen luces que nos permitan resolver el conflicto que hoy nos ocupa.

Tenemos igualmente el testimonio de la señora Martha Mora Lozada quien se desempeña como Gerente Logístico con la entidad a partir del año 2013, entidad en la que trabaja desde el año 2009 pues no nos puede dar luces para esclarecer la situación que se venía dando con anterioridad a esta fecha puesto que como se indicó atrás no trabajaba en la empresa para ese entonces, indica que la empresa lo que hacía era contratar con unos Hoteles el hospedaje para las tripulaciones de sus aviones apartando número de habitaciones de las cuales debería pagar las que eran usadas por sus tripulaciones sin que se precise fechas y lugares pernoctó el demandante Luis Eduardo Mateus, igualmente fue traída como prueba a este asunto un dictamen pericial rendido por el señor Cesar Ortiz para efectos de examinar o valorar este debe tenerse presente en el CGP los artículos 226 y 232 indica el 226 entre otros que el dictamen suscrito por el perito deberá contener como mínimo las siguientes declaraciones; 1. La identidad de quien dicta el dictamen y quien participo en su elaboración, 2. La dirección, número de

teléfono, identificación y los demás datos que faciliten a localización del perito.3. profesión, oficio a arte ejercida por quien rinde y el dictamen y de quien participo en su elaboración, deberán anexarse los documentos idóneos que los habilitan para su ejercicio, títulos académicos, los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística, lo cierto que conforme a dicha norma, la prueba pericial es procedente para verificar los hechos que interesa al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos en ese sentido quien se ha presentado como perito tiene que acreditar que tiene los referidos conocimientos, indica la constitución nacional que hay una libertad para escoger profesión u oficio pero que el estado se reservara el derecho a exigir para efectos que se verifique la idoneidad profesional de quien actúa en determinada condición, pues tenemos que conforme a la ley 43 de 1990 por la cual se adiciona la ley 147 reglamentaria a la profesión de contador público se indica en el artículo 1 que se entiende por contador público la persona natural que mediante la inscripción que acredite su competencia profesional en los términos de la presente ley que está facultada para dar fe pública de hechos propios del ámbito de la profesión, dictaminar sobre estados financieros y realizar las demás actividades relacionadas con la incidencia contable, la relación de dependencia laboral inhabilita al contador sobre actos e intereses a su empleador, este en realidad no se aplica a los revisores fiscales ni a los contadores públicos cuando prestan su servicios ósea que no estén obligados por ley o por estatutos a tener revisión fiscal, artículo 2; de las actividades relacionadas con la incidencia contable, para los efectos de esta ley se entiende por actividades relacionadas con las incidencia contable en general todas aquellas que implican organización, revisión y control de contabilidades, certificaciones y dictámenes por estados financieros, certificaciones que se expidan con fundamento de los libros de contabilidad, revisoría fiscal así como todas aquellas actividades con naturaleza del contador público tales como la asesoría gerencial, el aspecto contable, la inscripción como contador público se acreditará por medio de una tarjeta profesional que será expedida por la junta central de contadores. Parágrafo: en todos los actos profesionales la firma del contador público deberá ir acompañado del número de su tarjeta profesional.

Al momento de indagar de manera general al perito traído aquí se le pregunto hace cuánto se había graduado y manifestó que lo había hecho en junio del año 2019 y que a la fecha de hoy no tiene tarjeta profesional por cuanto no le ha sido expedida en el colegio de contadores, de entrada ya se advierte que el dictamen aportado por la parte actora no cumple con una exigencia que será formal pero que es necesaria para efectos de acreditar la idoneidad de quien presenta el dictamen, si bien es cierto aporta una certificación de terminación de estudios, aporta copia de un diploma de grado, lo cierto es que para el evento se requiere que tenga tarjeta profesional, en ese sentido el dictamen pericial no cumple con esa primera exigencia igualmente ha de tenerse en cuenta que dice la norma que todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado en él se explicaran los exámenes, métodos, experimentos, investigaciones de sus conclusiones; por su parte el artículo 232 indica que el juez apreciara el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica teniendo en cuenta la solidez, claridad, precisión y claridad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia y las demás pruebas que obren en el proceso, al ser indagado el perito de cómo obtuvo los valores que presentó como resultado de su experticia indicó que lo obtuvo de los contratos pero se advierte que algunos de estos contratos corresponden a vigencias anteriores al periodo en el que el presuntamente tuvo en cuenta para hacer la experticia pertinente al explicar porque acudió a esto y creo que se trataba de contratos consecutivos por lo tanto podría acogerse a ellos pero sin establecer si esos contratos estaban vigentes para cada uno de los lugares y las fechas establecidas, esto es, no podemos establecer si ese contrato correspondía a uno de esos consecutivo de otro vigente o si por el contrario se trataba de un nuevo contrato en que se había establecido unas nuevas condiciones, si bien indica que extrajo los tiempos, las fechas en las que presuntamente el actor pernoctó varios lugares del mundo, lo cierto indicó que lo extrajo de los itinerarios de vuelo, no se puede establecer con precisión que esto corresponda con fechas que el actor pernoctó los lugares a los que acudió como piloto de aviación ,al ser indagado sobre otros asuntos relacionados con el tema que nos ocupa el perito a la respuesta siempre manifestó que asumía, creía, y me pregunto si lo que se busca con el dictamen es ayudar a esclarecer los hechos, como es que el perito va ayudar a esclarecer

estos hechos, si no tiene certeza sobre los cálculos que hizo, sobre la documental que le permitió extraer unos resultados, aquí no se trata de suposiciones se trata de certezas, nosotros tenemos que entrar a resolver un conflicto sobre la certeza de los hechos que rodearon este asunto y eso aquí no es presentado por el perito, amén de que no explica cómo obtuvo esos valores, hizo disertaciones de tipo jurídico que no le corresponden a él como perito, situación que vendría a corresponder y a examinar cuál era el salario percibido por el actor, ciertamente este perito no sirve para ilustrar el asunto que hoy nos ocupa, si bien indico ha trabajado para la Rama Judicial lo cierto es que en el plenario no hay prueba de su experiencia, no explica cómo logró determinar el valor por el uso de cada habitación en cada lugar donde Luis Eduardo Mateus Ortegón se hospedó, ni siquiera tenemos certeza de esos lugares a los que voló no podemos tener certeza, tenemos que la directora o el gerente logístico de Avianca manifiesta en su declaración que ella contrata el número de habitaciones y que tiene que entrar a verificar con la cuenta de cobro que le pasa a los hoteles cuántas habitaciones efectivamente se pueden usar sin que ella pueda entrar a determinar si esa habitación corresponde a el piloto Luis Eduardo Mateus Ortegón o cualquier otro simplemente confronta el número de habitaciones reservada frente al número de habitaciones utilizadas por los pilotos de Avianca, se reitera sin que pueda establecer qué piloto uso determinada habitación o en determinado lugar, si bien es cierto los viáticos cumplen con los requisitos de permanencia y habitualidad, de lo cual se desprende un carácter salarial y de hecho la Corte en la sentencia 08545 de 2006 estableció que en efecto el calificativo no procura exclusivamente con los reconocimientos de las prestaciones fundamentales que ella comporta en este sentido el derecho a la pensión se ve sustancialmente afectado cuando la prestación económica es reconocida en su monto real y con todos los elementos que la integran, lo cierto es que aquí no podemos establecer cuál fue el monto de esos viáticos razón por la cual se advierte que no se puede determinar cuál es el monto de ese salario; frente al tope pensional de carácter legal establecido en el decreto 1282 de 1994 al accionante le fue reconocida pensión de jubilación el día 29 de noviembre de 2002 teniendo como mesada la suma de $ 6.180.000 mil pesos, reconocimiento con base a lo dispuesto en la ley 32 de 1961 y demás normas comportantes, conforme lo indica los folios 248 y 327 del expediente.

Las prestaciones de ACDAD creada por el Decreto Legislativo 1015 de 1956 y la Ley 32 de 1961 es una entidad de seguridad social de derecho privado, administradora de régimen de transición de los aviadores y de las pensiones especiales transitorias correspondientes a los aviadores civiles de las empresas de trasporte aéreo, entidad de seguridad social que tiene por objeto de asumir el pago de las prestaciones de jubilación de los aviadores civiles y que para el efecto cuenta con un patrimonio propio constituida para aporte a los afiliados y con su aporte que fije el gobierno a cargo de las empresas de aviación, al respecto la CSJ manifestó que los aportes realizados por la empresa con destino a dicha caja para el pago de las prestaciones correspondientes a los aviadores son verdaderos recursos parafiscales con destinación específica, lo que se traduce que no puede ser utilizado para fines distintos a los previstos por la ley, ahora bien en lo referente al tope máximo para las pensiones de carácter legal se tiene que del artículo 48 de la constitución política se habla de una protección a trabajadores a través del sistema de seguridad social lo que fue consolidado por la ley 100 de 1993 como parámetro general para el sistema pensional; en el presente caso no se encuentra en juicio el reconocimiento pensional, el problema radica en el ingreso base cotización y en el tope impuesto a la pensión reconocida al demandante; el artículo 18 de la ley 100 de 1993 vigente para el momento en que se produjo el reconocimiento de la pensión al actor establece que cuando se devengue mensualmente más de 20 salarios mínimos en la base cotización podrá ser limitada a dicho monto por el gobierno nacional lo que hizo el legislador para evitar una desproporción entre lo cotizado y los valores sobre los cuales se debería pensionar una persona para efectos de garantizar la sostenibilidad financiera estableció estos topes legales en efecto en el Decreto 314 de 1994, se dijo: limítese a 20 salarios mínimos mensuales la base de cotización al sistema general de pensiones creado por la ley 100 de 1993, el artículo 2, indica que el monto de las pensiones del RPM en desarrollo del parágrafo 3 del artículo 18 de la ley 100 de 1993, que el monto de dicha prestación, no podrá hacerse superior a 20 SMLV, finalmente en el artículo 3 se indicó que dichas limitaciones, no se aplicarían a aquellos servidores públicos que tengan derecho a una pensión superior a la cifra mencionada, es decir no solamente limitó el tope de las cotizaciones y de las correspondientes pensiones sino que también indico a qué personas iba dirigido y lo hizo por excepción indicando que se le aplicaría

a todos los trabajadores exceptuando aquellos que fueran servidores públicos, de modo que el actor no era un servidor público era un aviador civil que trabajaba para un empleador particular, razón por la cual está obligado sí o sí a cotizar sobre los 20 SMLV y en efecto su pensión sería reconocida en esa misma proporción esto es, no superando el tope de los 20 SMLV si bien el reconocimiento pensional del actor conforme al decreto 282 de 1994 y demás normas concordantes entre estas el Decreto 60 de 1973 fue la ley 100 la que estableció dicho tope el cual debe ser aplicado a todas las pensiones legales reconocidas hasta antes de la ley 797 de 2003, la cual aumento el tope a 25 SLMV.

De lo anterior es dable concluir que el demandante goza una pensión con los topes máximos legales por lo que sería contrario a la ley aumentar dicho monto pues no se encuentra normatividad que establezca que para las pensiones reconocidas en régimen especial otorgado a los aviadores no se establezca un tope, ahora bien indica el apoderado actor que su poderdante es beneficiario a régimen de transición al respecto el menester indicar que los Decretos 1282 y 1283 establecen que el régimen de transición está en que los varones que llegan a los 40 años o que tengan 10 años de servicio son beneficiarios del régimen de transición pero lo cierto es que el régimen de transición indica que hace parte de este régimen y para ello debe citarse lo que indica el artículo 36 de la ley 100 el cual señala cuáles son los elementos integrantes de ese régimen de transición y lo traigo a colación simplemente para indicar que la edad para acceder a la pensión de la vejez, el tiempo de servicio, el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de las personas que al momento de entrar en vigencia dicha ley tengan 35 años o más de edad si son mujeres o 40 años o más de edad si son hombres parte que es totalmente idéntica a lo que establece el Decreto 282 del 94 y/o 15 años más de servicio cotizados será la establecida al régimen anterior al cual se encuentren afiliados, debe tenerse en cuenta que el régimen aplicable a los aviadores, sólo exige 10 años de servicio; las demás condiciones requisitos aplicables para acceder a la pensión de vejez se regirán por las disposiciones contenidas en la presente ley, no obstante hay que ver que el inciso 3 del referido artículo 36 indica que el ingreso base para liquidar la pensión de las personas referidas en el inciso anterior que le falten menos de 10 años para adquirir el derecho será el promedio de lo vengado en el tiempo que le hiciera falta para ello o el cotizante durante todo el tiempo si este fuera superior actualizado anualmente con base en el índice según certificación que expida el Dane; lo cierto es que del régimen de transición no hace parte el monto, razón por la cual no podría aplicarse la norma anterior dispuesta en el decreto 60 de 1973, advirtiéndose por ello que la pensión de jubilación que le fuera reconocida al actor lo fue en los términos establecidos por la ley, esto es en el tope de los 20 SMLV; por lo anterior no le queda al despacho opción diferente que la de absolver a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra, se declararán probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y reconocimiento de pensión conforme a los topes establecidos en la ley propuesta por las demandadas.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando:

Se acepta que en efecto hay una confesión del representante legal de que los viáticos no son tenidos en cuenta como salario y que los mismos tienen incidencia salarial pero que no se logró demostrar en el dictamen pericial las cuantías que en efecto se adeudaban y que de haberse demostrado en todo caso al señor demandante le es aplicable los topes de los que habla la Ley 100 de 1993 al respecto honorables magistrados lo primero que hay que decir es que está reconociendo por una parte del despacho que el efecto o los viáticos destinados a cubrir un alojamiento tienen incidencia salarial incluso así lo reconoce el mismo representante legal de la entidad demandada y no obstante obligándose el efecto fáctico en esta decisión se le impone al trabajador que es el que debe certificar y comprobarle al proceso cuanto es que se le adeuda habida cuenta de que el propio artículo 130 que leyó el señor juez en su numeral 2 dice que será el empleador el que debe certificar esos pagos, el proceso se quiso igualar a las partes en ese sentido y por eso yo soy incisivo en decirle al señor juez era necesario no requerir a la demandada y no lo quiso hacer, requerirla en qué sentido que era la obligada a certificar este proceso cuánto era por los costos de hospedaje del señor demandante, la

justificación del CGP dice lo siguiente; "para lograr los fines indicados el código consagra la facultad de decretar las pruebas de oficio" que es una manera de romper la igualdad que la constitución reconoce en el artículo 13, el mandato constitucional por virtud del cual debe buscarse la igualdad y realidad efectiva y la prevalencia del derecho sustancial que no se logra en determinados casos y el juez no utiliza esos poderes y evita esas desigualdades de permite el resultado del proceso, nuestra constitución consagra en el artículo 29 el derecho a presentar pruebas y a contradecirlas, el derecho fundamental a la prueba indica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener derecho le resulte imposible conseguirla en ese sentido y se acaba de pronunciar la Corte Constitucional imponiendo la regla a todos los jueces laborales que siempre que se involucren derechos a la seguridad social deberá practicarse antes de emitirse sentencia incluso de oficio las pruebas para llegar a la verdad, es decir en ese sentido no se quiso ejercer la función de requerir a la demandada para que aportara con destino a este proceso los costos asumidos para el alojamiento del demandante sencillo los hubiera aportado como era el deber de ley y como lo exige la norma a este proceso.

Ahora frente al dictamen pericial es calificado de manera sorprendente, primero se está diciendo que el señor perito quien acreditó ser contador no aportó su tarjeta profesional pero está aportando su certificado de terminación de materias y que ya es contador y su tarjeta está en trámite, la norma indica que al no tener unos requisitos adicionales para que no goce de credibilidad su experticia, ahora bien no consta de credibilidad una persona que le está aportando a sus dictámenes periciales unas certificaciones de la dirección ejecutiva del tribunal superior de la judicatura donde certifica que laboró para los Tribunales junto con los de descongestión por más de 6 años a diario si eso no es acreditar idoneidad no entendería yo que puede ser, al contrario me parece que es la persona más calificada para haber rendido este dictamen por su conocimiento y cercanía con la jurisdicción de tiempo muy atrás y por eso fue contratado ni por más ni menos por el grupo liquidador de la Rama Judicial por la misma administración de justicia entonces si la administración de justicia lo contrató por la credibilidad que su trabajo representa no veo porque el despacho no pueda darle credibilidad siendo una persona que aparte de haber cumplido funciones directamente con la Rama logro tener su título de contador y anexos rendidos al dictamen, ahora dice que le perito se limitó a repetir efectivamente que no le costaba, que habían suposiciones al contrario al ser interrogado por la demandada lo primero que dijo el señor perito es que no eran suposiciones que lo único que estaba tomando el contrato de alojamiento más cercano y manteniendo su tarifa esa modalidad quedo comprobada en la prueba que yo hice allegar a este proceso que fue la que se certificó la compañía y fue la que brilló por su ausencia por que el juez omitió pronunciarse frente a la certificación dada por la compañía lo cual le ruego a los honorables magistrados se pronuncien al respecto, ahora dice que no se probó parte de esta parte actora que el trabajador haya hecho uso del hotel pero es que se le está diciendo al señor juez que los hoteles los proporcionaba la compañía que no se le emitía las facturas y así lo hicieron notar los testigos y no obstante así al trabajador se le limitara toda la opción de probar su estadía pues eso fue la regla que acompaño este proceso y los contratos obtenidos así lo dicen, las facturas eran emitidas con cargo directo a esa persona jurídica de Avianca como se le puede obligar que pruebe lo imposible, es decir al iniciar este juicio a la demandada si se le dice que no está obligada a probar lo imposible pero a él sí tiene que probar, es decir cuál fue la distribución de la carga probatoria ninguna aquí se le impuso al trabajador públicamente probar todo lo que estaba en imposibilidad de probar la compañía y no obstante esto dictámenes periciales sí han sido avalados en procesos análogos en los que frente al abuso del derecho que comete la demandada si se toma en cuenta porque si no se quedó el trabajador en los hoteles que tenía contratado la compañía entonces donde, le correspondía Avianca demostrar que no hizo uso del hotel y para eso la convención colectiva de trabajo fue muy clara en decir si el trabajador no se queda en el hotel se le desembolsa, donde está un solo desprendible de pago que la compañía le haya reembolsado al trabajador por el uso de las habitaciones, era pertinente validar este dictamen pericial porque constituía piedra angular y traía las cifras de lo que en efecto se había dejado de percibir como viáticos no tenidos en cuenta como salario y las cifras de donde se extrajeron de los contratos que fueron obtenidos en procesos judiciales análogos donde honorables magistrados le pido lo revisen, los contratos a diferencia de

lo que dice el juez si tienen tarifa por costos unitarios de habitación al igual que lo refiere la convención colectiva de trabajo es decir era muy fácil cuantificar y hacer el cruce de acuerdo a los itinerarios, los itinerarios tienen que ser medidos por un razonamiento lógico es evidente que si se asigna un itinerario de vuelo a un trabajador de Avianca y este indica que se va a un destino como Europa y vuelve hasta dentro de 2 días en evidente que tuvo que pernoctar, no pudo quedarse en un lugar diferente porque es que la compañía es la que suministra el alojamiento y si era diferente pues le tocaba a la compañía comprobar que le daba los gastos para que este los suministrara por su cuenta, en todo caso eso tampoco le quita el carácter de salarial es un salario en toda su extensión, es decir el dictamen solo cumplía con la función de traer los valores que la compañía a bien se comprometió a pagar por el uso de las habitaciones individuales para cada uno de sus tripulantes que al ser cruzados con los itinerarios de vuelo que también fueron certificados por Avianca merecían obtener un valor que debería ser pasado a pesos colombianos y nada más, es decir el trabajador cumple con toda la función de probar de manera titánica y lo que se le hace es enroscarle todo lo que en efecto brilló por la ausencia en este proceso por parte de la compañía demandada ósea con todo respeto ruego que revisen esta situación, nunca se había conocido un fallo de esta naturaleza al contrario en casos análogos los dictámenes han sido avalados justamente porque es que a la que le compete es a la demandada certificar no al demandante pero no obstante están soportados sobre documentos incluso traducidos a idioma nacional no fueron refutados por la compañía como falsos como tampoco ofrece mayor dificultad de entender el ejercicio incluso insisto con la prueba que se trasladó a la compañía está certificando lo que el juez pasó por alto; dice que no se probó y el trabajo pericial que rindió el perito en ese sentido fue muy claro y él lo afirma en su estudio simplemente se mantiene el último contrato conocido entonces si las tarifas de los contratos últimos conocidos son avaladas incluso por la misma compañía el perito estaba certificando que esa fue la metodología que utilizó, no había razón para no tener en cuenta su trabajo pericial.

Ahora en cuanto al tope, extraña que se haga mención al artículo 36 de la ley 100 y las reglas contenidas en esa disposición cuando lo que aquí se dejó claro hasta el momento es que al aviador que pertenece al régimen de transición de los aviadores civiles, por lo que no se le aplica la ley 100 de 1993, en general a los aviadores civiles se les aplica la ley 100 con excepción de aquellos quienes hayan cumplido con los requisitos que contempla el régimen de transición de los aviadores civiles contenidos en el artículo 1 en decreto 1282 de 1994 los dos requisitos los cumple y da el tiempo de servicio eso le permitía que su pensión fuera liquidada con el 75% del promedio devengado en el último año de servicio sin topes yo no estoy desconociendo que no hayan topes claro que los hay el principio de sostenibilidad fiscal hablo que para aquellas pensiones que no se consagraron los topes como está la del régimen de los aviadores civiles que están excluidos del régimen de la ley 100 por decreto del Presidente de la Republica el 1302 se les aplicaba el monto de lo devengado en el último año de servicio con el 75% la caja lo limito a 20 salarios mínimos escindiendo la norma cosa que se avaló como sino perteneciera al régimen de seguridad social en ese sentido cite varias de las jurisprudencias de la CSJ indican que no hace parte de los aviadores civiles de la ley 100 en estricto sentido en ninguna de sus disposiciones vuelvo y cito sentencia SL-11382 del 2014 regímenes de pensiones legalmente consagrados a los aviadores civiles, la segunda categoría agrupa a los aviadores civiles amparados por el régimen de transición previsto en el artículo 3 del citado decreto esto es a cualquier edad que hayan cumplido 20 años de servicio continuos o discontinuos y cuyo caso el monto de la pensión será equivalente a un 75% del monto devengado, entonces con el fin de acomodar la legislación existente hasta ese momento cuando las exigencias de la nueva normatividad se expidieron los decretos 1282 y 1283 del 94 y se ocuparon de establecer el régimen pensional de los aviadores civiles, insisto salvo aquellos que se encuentran cobijados ya por el régimen de transición en este mismo sentido también lo dijo la sentencia 44739 del 2015, entonces no se ve como es que se puede hacer un estudio extensivo de la ley 100 y avalar la aplicación de topes en este caso cuando justamente el aviador no pertenece a este régimen por pertenecer al régimen de aviadores civiles tan es así que pertenece que por eso fue que se le reconoció la pensión al cumplir los requisitos en el año 2002 por cumplir con la transición, entonces de llegar a proceder la reliquidación los topes de los que habla la sentencia no serían aplicables en ese sentido, por cuanto se encuentra esta situación totalmente probada por parte del trabajador que por cierto se le impuso toda la carga probatoria que debía ser impuesta a la demandada es decir aquí se superó y se configuró un defecto factico por darle prevalencia al derecho

procedimental sobre el sustancial cosa que fue sancionada por la Corte Constitucional para los casos que involucran los derechos a la seguridad social de los trabajadores, aquí básicamente lo que se dijo es que como Avianca afirma no poder certificar si las personas se quedaron en las habitaciones queda liberada automáticamente el pago de salarios nunca se había escuchado una conclusión de esta naturaleza les pido revoquen esta decisión.

CONSIDERACIONES

No ofreció reparo la existencia del vínculo laboral del actor con la demanda Avianca S.A., en los extremos temporales alegados, esto es, desde el 20 de marzo de 1979 al 30 de abril de 2017 y en vigencia del cual, se desempeñó en el cargo de piloto A – 330; situaciones fácticas que fueron aceptadas por esta demandada en escrito de contestación; tampoco se discutió la calidad de pensionado del actor, prestación que le fuera reconocida por la Caja de Auxilios y Prestaciones de ACDAC – CAXDAC, mediante comunicación del 30 de enero de 2003, aportada por las partes al plenario, reconocimiento que operó a partir del 29 de noviembre de 2002 y en consideración al tiempo laborado que ascendía a un total de 23 años, 8 meses y 9 días.

Determinado lo anterior, la Sala abordará en primer lugar si conforme el recurso planteado hay lugar a condenar a la demandada Avianca S.A., a tener como factor salarial los viáticos por alojamiento, que dicho sea de paso ostentan tal carácter cuando se perciben de forma permanente, en los términos del artículo 130 del CST.

Para resolver lo anterior, se observa que al proceso se aportó al efecto copia de respuesta a petición que elevara el actor ante la demandada Avianca (fl. 25), a través del cual solicita información frente a cuáles fueron los factores salariales tenidos en cuenta para la liquidación pensional, se le informe los itinerarios de vuelos, se expida copia de contratos hoteleros y se le informe cuánto debió cancelar la empresa por concepto de costo de alojamiento en los hoteles en los que se hospedó durante la vigencia de la relación laboral y en la que esta encartada le señala en cuanto a los factores salariales, que le proporciona junto con dicha respuesta certificado del detalle de dichos rubros tenidos en cuenta para la liquidación de su derecho pensional, de otra parte, le proporcionó relación de los itinerarios de vuelo a él asignados entre los años 2000 y 2002 y finalmente, en cuanto al punto de la petición tendiente a certificar los valores que pagó dicha sociedad por su alojamiento, le señaló:

"…realizadas las consultas internas con las áreas respectivas, encontramos que no es posible entregarle un valor individualizado de costos hoteleros por lo siguiente:

A. La compañía dentro de la ejecución de sus contratos comerciales, con los diferentes hoteles ubicados en cada una de las ciudades donde la empresa tiene su operación, debe realizar el bloqueo de una determinada cantidad de habitaciones, teniendo como supuesto la programación de los vuelos y la cantidad de los tripulantes, así como las necesidades del servicio. En tal sentido mes a mes se verifica la utilización de las habitaciones reservadas sin detallar sus ocupantes.

B. En línea con lo anterior, no existe un control individualizado de las habitaciones utilizadas por los tripulantes durante sus asignaciones, por lo que no puede inferirse o afirmarse que determinada habitación sea asignada a un tripulante en específico, por lo tanto, no hay una cuantificación individualizada del valor de cada habitación.

Por lo anterior, no existe un costo individualizado por cada uno de los tripulantes que se hospedan en los hoteles cuando están en servicio. Lo pagado a estos hoteles, repetimos, es una tarifa global pactada en el marco de negociaciones comerciales…"

Al respecto, la jurisprudencia ha insistido que, cuando en proceso judicial el trabajador afirma haber recibido viáticos permanentes, que en desarrollo del contrato o a la terminación del mismo no se le tuvieron en cuenta como factor salarial para la liquidación de prestaciones, es a esta parte la que corresponde la carga de la prueba en ese sentido, al ser este el supuesto de hecho que le da fundamento a la pretensión; de igual forma es sabido que al empleador le corresponde el deber legal de precisar, cuando efectúa el pago de viáticos, cuáles están destinados a cubrir gastos de alimentación y alojamiento.

Encuentra la Sala que como lo indica el apoderado demandante en sus alegaciones, en este asunto existieron desplazamientos ordenados por el empleador (Avianca) al señor Luis Mateus tal y como se desprende de la relación de itinerarios aportada por el accionante, también se prueba que dichos desplazamientos se encontraban relacionados con las funciones propias del cargo de piloto que ostentaba el demandante.

Aunado a lo anterior, la cláusula 120 de la Convención Colectiva suscrita para la vigencia 1999 – 2001, por la demandada Avianca S.A. y la Organización sindical Sociedad Colombiana de Aviadores Civiles - ACDAC (fl. 38) consagra el derecho a percibir viáticos de cada tripulante así: "En los casos de pernoctada, la Empresa pagará el hotel asegurando habitación

privada para cada tripulante en un lugar de primera categoría y este no podrá ser cambiado unilateralmente, suministrando el transporte correspondiente, cuando la Empresa no provea el hotel, reconocerá a sus tripulantes el valor pagado por estos, por concepto de habitación".

Indica el monto a partir de la firma de la convención que la Empresa pagará dichos viáticos y los valores reconocer de acuerdo con la permanencia del tripulante fuera de la Base, si esta fuere mayor de la programada.

Ahora revisados los elementos de prueba aportados al proceso, se observa que contrario a lo indicado por el recurrente en su recurso y alegaciones, luego de análisis de los mismos no se acredita con certeza primero, los días en que el demandante pernoctó en los hoteles destinados por la compañía para el alojamiento del personal, porque si bien la testimonial a que alude en sus alegaciones, señala que los tripulantes se hospedaban en dichos hoteles, no se precisó las fechas en que se tuvo lugar dicho hospedaje, segundo, si bien es cierto se aporta un dictamen pericial el mismo no puede ser tenido en cuenta, independientemente de la idoneidad de quien lo rindió, debido a que se basa en cifras generales que el perito tomó de las tarifas establecidas en los convenios para suministro de habitaciones celebrado entre Avianca y los diferentes hoteles, pero el valor no se deriva de los contratos celebrados por la demandada con hoteles en el periodo de prestación del servicio del demandante como lo puso de presente la decisión de instancia y por ello no hay certeza del valor que se reconoció por el servicio de alojamiento ya que si bien la empleadora aportó con contestación copia de los contratos suscritos con los hoteles para los años 2000 a 2002, este no contiene el de todos los destinos a los que se desplazó el actor en dichas anualidades conforme a la relación de asignaciones de vuelo que obra a folio 27 del plenario.

Al punto, indica el recurrente que el juez debió indagar frente a los costos que asumió Avianca por hospedaje, que era la demandada quien tenía la obligación de certificar lo pagado por viáticos de alojamiento, evidenciándose que no hubo reticencia del juez de primera instancia para la práctica la prueba de certificación de costos de hospedaje asumidos por Avianca, en la medida en que la accionada en varias oportunidades manifestó e incluso certificó la imposibilidad de allegar dicha prueba; nótese que tal

circunstancia la puso de presente desde la contestación a la petición que elevó ante esta el actor y cuyo contenido fue transcrito en apartes anteriores, razón por la cual, no es posible obligarla a lo imposible como lo peticiona el recurrente, pues si bien como lo indica este, los contratos suscritos entre esta demandada y los hoteles, detallan los costos unitarios de la habitación y obran itinerarios de vuelo del actor, no es posible determinar si en efecto este pernoctó en dichos hoteles en las fechas señaladas en su itinerario.

A igual conclusión arribó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso análogo al aquí estudiado, señalando al respecto en sentencia radicado 35818 del 4 de noviembre de 2009, M.P. Camilo Tarquino Gallego lo siguiente:

> *"De otra parte, si bien quedó definida la connotación salarial de los valores que pagó la empresa enjuiciada por el alojamiento de la demandante,* ***bien cierto es que, para que puedan colacionarse en la base para liquidar prestaciones y otros haberes laborales, es indispensable que se cuantifique el monto que individualmente sufragó la empleadora por cada vez que la señora CRUZ ROCA hizo uso de los servicios hoteleros, pero además, es insoslayable identificar el establecimiento en el que pernoctó, con el ineludible propósito de determinar cuál es el valor que debe imputarse al salario de la promotora del proceso, lo que no es posible deducir de las pruebas denunciadas.***
>
> ***Ante tan oscuro panorama probatorio, la solución deferida por el ad quem era la que correspondía, pues imposible le resultaba establecer los valores que se dejaron de incluir a efecto de realizar los cálculos que demandaban los reajustes pretendidos****, sin dejar de aclarar que lo que la recurrente denomina "principio de favorabilidad", solo opera frente a un conflicto real en las fuentes de derecho, que no ante una incertidumbre fáctica." (negrilla fuera del texto original)*

Por todo lo anterior y al no poderse determinar con precisión el valor del componente por alojamiento del concepto de viáticos contenido en el numeral 1 del artículo 130 del CST modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990 hay lugar a **confirmar** la decisión de primera instancia, ya que por sustracción de materia, al no salir avante el reconocimiento de los viáticos pretendido, no tiene vocación de prosperidad la reliquidación pensional deprecada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a 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,

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo señalado en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 33-2019-00247-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAVIER GARCÍA SÁNCHEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. ANGY GRACIELA CASTELLANOS DURÁN, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.019.077.818 y tarjeta profesional No. 251.798 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 14 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, COLPENSIONES y la AFP PORVENIR.

ANTECEDENTES

El señor JAVIER GARCÍA SÁNCHEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la NULDAD del acto de afiliación por medio del cual se trasladó el actor del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A.. Como consecuencia, de la nulidad solicita se declare la ineficacia del traslado; se declare que el actor queda legalmente afiliado al RPMPD; se condene a COLPENSIONES aceptar el traslado de régimen; se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP PORVENIR S.A. el 19 de enero de 1996; que en enero de 1996 junto con sus compañeros de trabajo en las instalaciones de UNIFOODS DE COLOMBIA S.A. recibieron la visita del promotor de la AFP PORVENIR en la que los invitaban a trasladarse de régimen; que el asesor le señaló que su traslado al RAIS era obligatorio por ser beneficiario del régimen de transición, que su mesada pensional sería superior en el RAIS, que el ISS se iba acabar y los aportes realizados se iban a perder; que nunca se le

suministró la información requerida al momento del traslado; que nació el 13 de diciembre de 1960, por lo que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad y, que alcanzó a cotizar en su vida laboral 1326 semanas. (fls. 5 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 13 y 22; dijo no constarle el 15, 17, 18, 23, 24 y 25, que no es un hecho el 16 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo a las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad del traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe de Colpensiones, prescripción, prescripción de la acción, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls. 75 a 86)

Por su parte, **la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos dijo no constarle el 15, 17, 22, 23, 24 y 25, dijo que no era un hecho el 16, 18 y 20 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fls. 120 a 151).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada al Sr. JAVIER*

GARCÍA SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.421.484, el 19 de enero de 1996.

***SEGUNDO: DECLARAR** que el Sr. JAVIER GARCÍA SÁNCHEZ, identificado con cédula de ciudadanía N° 19.421.484, se encuentra efectivamente afiliado a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida – ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.*

***TERCERO: ORDENAR** a AFP PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del Sr. JAVIER GARCÍA SÁNCHEZ a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos, y cuotas de administración.*
***CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación del Sr. JAVIER GARCÍA SÁNCHEZ.*

***QUINTO: ORDENAR** a AFP PORVENIR S.A. el traslado de las cuotas de administración, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliado y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.*

***SEXTO: DECLARARA NO PROBADAS,** las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.*

***SÉPTIMO: COSTAS** de esta instancia a cargo de la demandada AFP PORVENIR S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de 3.5 S.M.L.M.V.”*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que en estos procesos se invierte la carga de la prueba; que no existe prueba de cual fue la información brindada al actor; que no existe prueba de los conocimientos o capacitaciones del asesor que brindó la información al actor al momento del traslado; que no se puede entender que el actor confesó en el interrogatorio de parte haber recibido la información suficiente al momento

del traslado; que para que se declare la ineficacia no es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición; que no puede trasladarse la obligación de los fondos de pensiones al demandante y que el derecho a declarar la ineficacia es imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria no se debe aplicar de manera objetiva sino que se debe analizar la circunstancia de cada caso. Que no se puede declarar la ineficacia por falta de información cuando la única obligación era que el afiliado manifestara su voluntad con la firma del formulario. Que la decisión del actor de trasladarse de régimen fue libre y voluntaria y se ha ratificado con el transcurso del tiempo. Que la AFP PORVENIR S.A. le brindó una asesoría oportuna donde le indicó al actor las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del régimen y sus condiciones pensionales conforme se desprende del formulario de afiliación. Que conforme a los artículos 1752 del C.C. y s.s. se saneó el consentimiento de manera tácita teniendo en cuenta que el actor realizó aportes de manera libre y voluntaria y que de haber existido algún vicio del consentimiento éste se saneo con el transcurso del tiempo. Que no se le pueden exigir documentos adicionales al formulario de afiliación, pues para la fecha del traslado bastaba con una asesoría verbal. Que no se debe condenar a la devolución de los gastos de administración, pues éstos no forman parte integral de la pensión por lo que se ven afectados por el fenómeno prescriptivo. Que se debe tener en cuenta que la Superintendencia Financiera en el año 2020 emitió un concepto en el que señaló que en los casos de ineficacia de traslado no procede la devolución de los gastos de administración. Señala que al devolver los gastos de administración se genera un enriquecimiento ilícito en favor de COLPENSIONES. Finalmente, solicita se declare probada la excepción de prescripción respecto de la devolución de los gastos de administración y que ninguna persona puede beneficiarse de su propia negligencia.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación solicitando se revise la carga dinámica de la prueba pues sólo se puede invertir para los afiliados que se encuentren al momento del traslado con una expectativa legitima o fueran beneficiarios del régimen de transición o estuvieran próximos al reconocimiento de su derecho pensional. Indica que la línea jurisprudencial ha emanado a partir de estos casos y que no es viable que solo con el dicho del demandante señalando la falta de información se le releve de probarlo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Javier García Sánchez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. en el año 1996 (fl. 26), siendo esta entidad en la que se encuentra afiliado actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual, tal y como lo hizo el fallador de primera instancia, lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que contrario a lo dicho por la AFP PORVENIR en su recurso, **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Javier García Sánchez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada PORVENIR S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP PORVENIR.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar

información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.
No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante, como quiera que el actor reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP PORVENIR al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar, que podía perder sus

aportes y que al trasladarse al RAIS podría pensionarse más joven y con un monto pensional más alto.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte del demandante, probar vicio del consentimiento alguno, como lo pretende COLPENSIONES en sus alegatos de conclusión, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996,** resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone

confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que contrario a lo solicitado por la AFP PORVENIR en su recurso de apelación y en sus alegatos de conclusión, tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo como lo indica la AFP PORVENIR, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Porvenir S.A. en su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Porvenir S.A.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a Colpensiones en sus alegatos en su argumento según el cual de accederse al traslado de

régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas

dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 05-2019-704-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: FABIOLA USECHE MONTAÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Laura Natalia Guerrero, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 5 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de julio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones, la parte demandante y Colfondos S.A., esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora FABIOLA USECHE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o

ineficacia del traslado de régimen pensional que realizara el 11 de febrero de 1996 del ISS a Colfondos S.A., como quiera que dicha AFP, le suministró una indebida y nula información para promover su traslado, solicita se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones administrativas tendientes a la anulación de su traslado de régimen declarando como única afiliación válida la que efectuara en el año 1977 al RPM; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene a Colpensiones a recibirla en el régimen que administra sin solución de continuidad a efectos de que pueda recuperar el régimen de transición del que es beneficiaria, que la pensión reconocida por dicha administradora en resolución GNR 197928 del 2 de julio de 2015, modificada por la resolución SUB 311824 del 30 de noviembre de 2018, se causó a partir del 1 de mayo de 2015 y que la primera mesada pensional equivale a $4.309.427, correspondiente al 90% de su IBL; solicita se condene a dicha administradora a reconocer las diferencias que resulten entre el monto de la pensión reconocida en el año 2015, junto con indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 9 de julio de 1957, alcanzando la edad requerida para reconocimiento pensional en el año 2012, que se afilió al ISS en el año 1977, al que cotizó a través de varios empleadores hasta el 30 de abril de 2015 un total de 1390 semanas, que es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 por cuanto a 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, que el 11 de enero de 1996, se trasladó del ISS a Colfondos, decisión que no estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de esa AFP, que solicitó ante el ISS la anulación de su traslado al RAIS, solicitud que le fue negada, por lo que interpuso acción de tutela contra las aquí demandadas, la que terminó con sentencia favorable en el año 2013, tutelando sus derechos y ordenando a Colpensiones y Colfondos autorizar su retorno al RPM con fundamento en las previsiones de la sentencia SU 062 de 2010, por lo que Colfondos realizó el traslado a Colpensiones de todos los dineros depositados en su CAI.

Indica que en el 2015, radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento pensional, siendo reconocido a través de resolución GNR 197928 del 23 de julio de 2015 a partir del 1 de julio de 2015, en cuantía de $3.173.653, con fundamento en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993; por lo que inconforme con la forma de liquidación de la prestación, tramitó proceso ordinario del que conoció el juzgado 10 Laboral del Circuito, el que ordenó el pago de su pensión a partir del 1 de mayo de 2015 en cuantía de $3.173.653.

Afirma por último que elevó derecho de petición a Colfondos en el año 2019 solicitando la nulidad de su traslado al RAIS y de igual forma procedió ante Colpensiones, entidad a la que le solicitó la recuperación del régimen de transición del que era beneficiaria y por ende la liquidación de su pensión con una tasa de reemplazo del 90%.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2, 4 y 6 a 20 y negó el No. 3. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para pedir, validez de la afiliación al RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción e inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la CP.

Por su parte, Colfondos S.A., no contestó la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió declarar probada la excepción de prescripción absolviendo a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando textualmente:

En este proceso que efectivamente no es el proceso típico que se ventila en la jurisdicción laboral de nulidad o ineficacia como ha venido abordándolo la corte suprema de justicia en su más reciente jurisprudencia entre otras la sentencia CSL-1421 del 2019 radicación 56174 sobre el aspecto de la nulidad o ineficacia de estas afirmaciones, se presentan situaciones diferentes a las que se ventilan en este caso en particular. En este caso no se discute que la señora Fabiola nació el 9 de julio de 1957 como obra a pág. 41 del expediente ello quiere decir que el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad lo que en principio generó a su favor el denominado régimen de transición, es decir que pueda pensionarse con una legislación más favorable que la que llegó a establecer la ley 100 de 1993 en este nuevo tránsito legislativo, la señora Fabiola por estar cotizando al entonces ISS le era aplicable el Acuerdo 049 de 1990 en principio por tener más de 35 años de edad, también el artículo 36 de la ley 100 de 1993, establece la posibilidad de indistintamente si es hombre o mujer el ser parte del régimen de transición aquellas personas que contaran con 15 años de servicios prestados al 1 de abril de 1994, los que equivalen a 771 semanas, que el AL 01 del 2005 exigía 750 semanas de cotización para mantener el régimen de transición pero para ser beneficiario del mismo al 1 de abril de 1994 deberían tenerse 15 años de servicio que no son 750 semanas como en todo el proceso ordinario anterior se dijo por juzgado y Tribunal 15 años de servicios equivalen a 771 semanas; para el caso de la demandante, se incurrió en esa imprecisión en todo el caso de la señora Fabiola se incurrió en esa imprecisión cuando el texto de la norma es claro y el cálculo aritmético es claro y mediante un fallo de tutela que no se discute la señora Fabiola en 2013 interpone un fallo de tutela y tampoco se entiende por qué se dijo en su momento estableció que si tenía más de 750 semanas y ordena el la devolución o el traslado de la señora Fabiola y su retorno al RPM, cuando ello pues en virtud de la sentencia 789 de 2002 pues no era posible y efectivamente reiterado por la SU -62 de 2010 porque se estableció que aquellas personas que únicamente tuvieran esos 15 años de servicios podía entenderse que tenía una expectativa mucho más razonable y mucho más legítima a tener en su patrimonio un derecho entendiéndose así un derecho al régimen de transición pero sólo los que contaban con la edad no tenían esa fuerza y ese expectativa porque se dio más relevancia obviamente al requisito de ese esfuerzo laboral de las personas por 15 años de servicios, 771 semanas que a las personas que simplemente contarán con la edad.

Entonces frente a las personas en principio beneficiarias por edad podrían renunciar a él trasladándose de régimen pensional eso es claro, situación que ocurrió con la señora Fabiola actuación ya que se trasladó a Colfondos en 1996. Ahora bien en virtud de ese fallo judicial de tutela que retorna y que ordena el retorno a la señora Fabiola que sólo era en principio beneficiaria por edad al régimen de prima media se cumple el fallo de tutela y efectivamente según certificación que obra la expediente se materializa ese retorno de la señora Fabiola desde el primero de febrero de 2015 ya se materializa su retorno RPM y ya deja entonces de ostentar la condición de afiliada al RAIS y aquí sí que viene la diferencia con los casos que usualmente y los casos típicos que se ventilan en la jurisdicción porque en todos los casos que se ventilan la jurisdicción de nulidad de afiliado se advierte que la persona demandada ostentando la condición de afiliada al RAIS y por ello este despacho no aplica la excepción de prescripción en virtud que se está debatiendo una nulidad que está permanente y latente y efectivamente tienen que ver con el derecho a la Seguridad Social establecido en el artículo 48 superior, pero está la condición de afiliado al momento en que se instaura la demanda tienen esa condición de afiliados a pesar de que sean afiliados 10,15,20,25 años atrás se habían trasladado al momento en que se interpone la demanda siguen manteniendo esa condición de afiliados aquí la señora Fabiola desde el primero de febrero de 2015 dejó de ostentar su condición de afiliada al RAIS y desde ese momento ya tiene nuevamente y ostentada nuevamente su condición de afiliada al RPM, qué pasó entonces a partir de allí considera este operador que el 1 de febrero de 2015 nació su derecho de la señora Fabiola a exigir efectivamente allí si nulidad o ineficacia de afiliación y reconocimiento de la respectiva pensión de vejez de acuerdo a la normatividad aplicable a esta persona, se observa que lo que realizó la señora Fabiola fue que el 27 de enero de 2015 procedió a reclamar su derecho pensional y de ello da cuenta efectivamente los actos administrativos aportados al expediente y especialmente la resolución que obra la página 54 efectivamente se indica que el 27 de enero de 2015 efectivamente reclama la prestación que mediante

resolución GNR 197928 se les reconoce la misma y ese reconocimiento fue notificado el 3 de julio de 2015 nótese entonces que ya se había hecho exigible el derecho a solicitar la nulidad ya habiendo retornado y habiendo nuevamente ostentado su condición de afiliada del RPM, ello a diferencia de todos los demás casos y pues salvo mejor criterio hace que se de aplicación efectivamente a los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, el 151 recordemos señala que las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en 3 años que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible el simple reclamo escrito al trabajador recibido por el empleador sobre un derecho entiéndase aquí en estos casos también sobre la entidad Seguridad Social sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción pero por un lapso igual en tal sentido al reclamar el 27 de enero de 2015 y al habérsele notificado y dándose respuesta por la administración el 2 de julio de 2015 y notificando esta decisión el 3 de julio 2015 allí se habría interrumpido la prescripción por 3 años más hasta el 3 de julio de 2018 y en gracia de discusión si se aplicara en 1750 el Código Civil y se contarán los cuatro años pues los cuatro años llegarían hasta el 3 de julio de 2019 para solicitar esta recesión por nulidad relativa que es la que aplica este operador y no se aplican en eficacia pues si se sujetan a los términos de 3 años sujetaría a los términos de 3 años de las normas sustanciales y procesales laborales ello implicaría que al haberse instaurado la demanda el 16 de octubre de 2019 como obra a página 92 ya habrían transcurrido los 3 años de que tratan las normas sustanciales con la interrupción que hubo y procesales laborales y los 4 años del 1750 del Código Civil lo que llevaría entonces a la conclusión de que esa acción en este caso particular que busca esa nulidad de afiliación de 1996 ha quedado prescrita sin que pueda entenderse que ese proceso ordinario anterior el proceso ordinario anterior es decir el 2016-630063 implique alguna o que reviva términos de prescripción para la señora Fabiola nótese que en ese proceso ordinario y para reiterar que aquí no hay cosa juzgada doctora Diana a pesar que invirtió el 99% de sus alegatos en insistir en una cosa juzgada que no se da en el sentido que en este caso efectivamente lo que solicita esa nulidad de la afiliación la ineficacia de la afiliación acaecían en 1996 y en ese otro proceso se debatió efectivamente el monto de la prestación con los hechos allí plasmados, claro la señora Fabiola al haberle notificado esa decisión en el que el Tribunal efectivamente le reitera que no tenía los 15 años de servicios pues considera que se le abre la puerta para solicitar esta ineficacia y volver a demandar para efectivamente solicitar la reliquidación de la pensión que efectivamente pues es válida esa estrategia jurídica y es la que se aplica en este caso por eso no hay cosa juzgada por hechos y causa objeto y causa diferente; no obstante lo que aquí se está diciendo es que esa acción de la ineficacia si se debe aplicar los términos de prescripción establecidos por la diferencia particular que al retornar al RPM desde el 1 de febrero de 2015 allí sin nada le impedía efectivamente reclamar esa nulidad de traslado de régimen pensional o esa ineficacia de traslado de régimen pensional al no hacerlo permitió que el tiempo cobijara ese eventual derecho y por ende se concluye sobre la prescripción de esta acción, aceptar la tesis en estos tipos de casos aceptar la tesis de la señora Fabiola es indicar que en un caso en el que se haya trasladado hace 10 o 20 años pues se permitiera que siguiera latente la posibilidad de demandar sin declarar probada este tipo de excepción lo que el despacho considera no resultaría procedente y este caso también podrá servir para los futuros que se vienen de la indemnización de perjuicios en caso de los pensionado. Por lo brevemente expuesto y habiéndose desarrollado analizado y concluido el primer problema jurídico que era establecer si se pudiera dar un tratamiento diferente a la institución de la prescripción en este caso particular y habiéndose llegado a una respuesta positiva y declarando probable la sanción de prescripción pues ya no hay lugar a continuar con los dos restantes problemas accesorios esbozados.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante, indicó:

Sea lo primero indicar que la honorable Corte Suprema de Justicia frente a los casos de ineficacia del traslado y nulidad del traslado de régimen en numerosa jurisprudencia pues ha tocado el tema de la prescripción al punto de que pues en la sentencia de radicación 85536 la SL 2952 del año 2021 frente a lo atinente a la prescripción indica

la honorable Corte Suprema de Justicia lo siguiente "en la excepción de prescripción que propusieron las demandadas la Corte ha sostenido que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible en efecto a diferencia de los derechos de crédito y obligaciones los hechos o estados jurídicos no están sujetos a prescripción por ello puede solicitarse en cualquier tiempo la declaratoria ineficacia del acto de afiliación en la medida que esta declaración tiene como objetivo comprobar o constatar un estado de cosas carece de efectos jurídicos del acto desde su nacimiento surgido con anterioridad al inicio de la litis menciona la Corte allí las sentencias SL-1688 del 2019, reiterada la sentencia SL- 3373 de 2021 y la de SL- 4360 el año 2019 así las cosas pues también atendiendo lo establecido en el artículo 48 de la Constitución nacional que se habla que el derecho a la Seguridad Social pues es un derecho de carácter imprescriptible e irrenunciable pues solicitó muy respetuosamente al honorable Tribunal pues sea revocada la decisión en este caso particular hay que tener en cuenta que desde el momento que se logró el traslado de la señora demandante por el fallo de tutela y Colpensiones cumplió ese traslado o ese fallo de tutela el 1 de febrero del 2015 la señora demandante a través de su apoderado judicial ha efectuado una serie de actuaciones que de alguna manera también interrumpen la prescripción para este tipo de asuntos como se ha indicado pues por el despacho el fallo de tutela ordenó el traslado de régimen acogiéndose que la demandante cumplía con los requisitos establecidos en la sentencia SU- 062 del año 2010, la razón es porque pues efectivamente revisar la historia laboral diferente al criterio pues tenido en cuenta en aquel momento pues el fallador de primera instancia la demandante contaba con el número de semanas tal como lo acreditó y lo constató el juez de tutela, fallo que obviamente como se indicó no está en discusión en este momento y que se cumplió de manera clara por Colpensiones, después de que se cumple ese fallo de tutela pues hay que tener en cuenta que la demandante el 27 de enero del 2015 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de vejez que esa pensión o prestación económica fue reconocida por la entidad demandada a través de la resolución GNR -19798 del 2 de junio del 2015 a partir del 1 de julio de esa anualidad, que contra esa decisión pues se interpusieron los recursos de reposición, subsidio de apelación se quedó agotada la vía gubernativa inconforme con la decisión de Colpensiones parcialmente pues la demandante promueve una demanda ordinaria laboral la cual le corresponde al juzgado 10 laboral del circuito, demanda que se presentó el 15 de marzo del 2016 es decir no habían transcurrido 3 años desde el momento en que se presentó la demanda al momento en que la demandante o col pensiones la trasladó allí se solicitó el reconocimiento y pago de la de la pensión de vejez atendiendo a lo normado en el acuerdo 049 de 1990 por considerar que la demandante era beneficiaria del régimen de transición en virtud de ese fallo de tutela como se indicó en este proceso pues el fallador de primera instancia negó las pretensiones en ese sentido y por lo que se presentó un recurso de apelación el cual pues fue resuelto el 12 de abril del año 2018 porque la sentencia de primera instancia fue el 17 de enero del año 2017 como no se pudo lograr la posibilidad de que la demandante pudiese recuperar el régimen de transición del fallo de tutela se presenta pues esta demandada ordinaria laboral que hoy nos convoca a través de la cual se pide la nulidad o ineficacia de traslado de régimen la cual fue presentada el 16 de octubre del año 2019, es decir tampoco habían transcurrido 3 años en el momento en que se dictó la sentencia del caso particular y pues en el momento que se promueva esta demanda es decir esto con el fin de indicar que no se ha actuado de mala fe por parte de este extremo judicial en la medida en que se han efectuado las acciones pertinentes en aras de que la demandante pueda recuperar su derecho pensional o su mejor derecho pensional entre ellos el régimen de transición atendiendo a que pues no fue posible el cumplimiento del fallo de tutela con el fallo del proceso legal anterior pues se optó después de un análisis del caso particular en solicitarlas la nulidad o ineficacia del traslado del régimen considerando que a diferencia de la posición del despacho que es imprescriptible atendiendo los pronunciamientos de la honorable Corte Suprema de Justicia habida cuenta de que como lo ha dicho la corte en este tipo de asuntos la solicitud de ineficacia del traslado de régimen es imprescriptible tal como lo indique en la sentencia que acabo de mencionar razón por la cual pues no da lugar a que se declare la prescripción en la medida que no se puede dar aplicación al artículo 488 para el estudio de la ineficacia del traslado de régimen.

Ahora atendiendo que con el material probatorio que se aportó al expediente y las pruebas documentales aportadas así como el interrogatorio de parte practicado por la demandante y la misma actuación de colfondos dentro del proceso donde pues no se aportó o no se dio por contestada la demanda incluso no se opuso a las pretensiones de la demanda es claro y está acreditado dentro del presente asunto que la codemandada Colfondos S.A no cumplió con su deber de información al momento del traslado y como no cumplió con su deber de información debiéndose declarar la ineficacia del traslado del régimen en la medida en que se cumplió con lo reglamentado por la jurisprudencia de la corte en este tipo de asuntos pues le correspondía a la AFP Colfondos en este caso particular acreditar cuál fue la información que brindó al momento de la vinculación situación que brilla por su ausencia en el presente asunto, razón por la cual pues a diferencia de lo establecido por el despacho en la sentencia que se acaba de proferir considero que si se podía estudiar de fondo el tema de la ineficacia y la nulidad del traslado de régimen para que después o una vez declarada la ineficacia del traslado del régimen la demandante pudiese recuperar el régimen de transición que perdió precisamente ante la falta de información por parte del asesor de la AFP lo cual quedó acreditado en el presente asunto y por ende pues da lugar a que se pueda solicitar la reliquidación de la prestación económica que conforme se solicitó en las pretensiones de la demanda en donde pues sí que es diferente acá podría llegar de pronto llegará a operar el tema de la prescripción frente a las mesadas liquidación de las mesadas pensionales pero no como tal el derecho a la reclamación de la nulidad o e ineficacia del traslado pues ya lo ha dejado claro la honorable Corte Suprema de Justicia que para este tipo de asuntos independientemente de cualquier situación o de casos particulares pues está la posibilidad de reclamar este derecho se puede hacer efectivamente en cualquier tiempo como lo mencionó la Honorable Corte Suprema de Justicia respetando obviamente la posición del despacho lo cual pues tiene un sustento lógico también pero pues esta posición que mantiene este apoderado judicial también considero que tiene argumento con base en lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la jurisprudencia antes mencionada conforme a los hechos propios de la demanda y del transcurrir de cada una de las actuaciones efectuadas por la demandante para lograr tener su derecho a la pensión, conforme a lo normado en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 para recuperar el régimen de transición y atendiendo además que en el presente asunto no se logró probar por parte de la AFP Colfondos que hubiese cumplido con el deber de información.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor FABIOLA USECHE, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, el 11 de enero de 1996 a través de Colfondos S.A., como se verifica de copia de consulta SIAFP allegada al plenario digital.

En este orden, se peticiona la declaratoria de ineficacia de traslado por **falta al deber de información,** figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de nuestra corporación de cierre, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la

responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y como lo manifiesta el recurrente en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De igual manera y como lo indica esta parte también en sus alegaciones, se tiene que de las pruebas aportadas al expediente, ninguna de ellas da cuenta que a la señora Fabiola, se le hubiera brindado alguna información

o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., a la que se trasladó la demandante, como lo manifiesta este en sus alegaciones, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, circunstancia que en efecto tendría como consecuencia la ineficacia del traslado deprecada ya que contrario a lo señalado por el juzgador de instancia y como bien lo refiere la parte demandante en su recurso y alegaciones, dicha acción es **imprescriptible,** aspecto que ha sido reiterado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en línea jurisprudencial aplicable al caso bajo estudio.

No obstante lo anterior, no ofreció reparo que la señora Fabiola Useche, se encuentra **afiliada y pensionada por el RPM administrado por Colpensiones,** ello por virtud de sentencia de tutela que ordenara su retorno a dicho régimen; lo que de entrada determina la **improcedencia de su pretensión,** pues esta se aviene a su retorno al RPM, régimen al que se itera, ya pertenece y por medio del cual, se encuentra disfrutando pensión de vejez que le fuera concedida a través de resolución GNR 197928 del 2 de julio de 2015, acto administrativo que reposa en expediente digital.

Es así como escapa de toda lógica peticionar la ineficacia del traslado que efectuara al RAIS para retornar al RPM, cuando ya hace parte de este último, evidenciándose que lo que finalmente pretende la actora es la recuperación del régimen de transición del que insiste es beneficiaria, cuando dicha discusión ya se encuentra zanjada por vía judicial, pues tampoco ofreció reparo que adelantó acción judicial que fue conocida por el Juzgado 10 Laboral del Circuito a efectos de que la prestación reconocida a través de resolución mencionada, le fuera reliquidada bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990, en virtud del régimen de transición; concluyéndose en dicho trámite judicial que la señora Fabiola **no** acreditaba un tiempo de servicios equivalente a 15 años a 1 de abril de 1994 y por ello la prestación no se podía reliquidar en los términos peticionados, decisión que fuera conocida por esta Corporación al desatar recurso de apelación, arribando a igual

conclusión y modificando únicamente la fecha de reconocimiento pensional siendo la correcta, el 1 de mayo de 2015; fallo al que diera cumplimiento la demandada Colpensiones como lo pone de presente en sus alegaciones mediante resolución SUB 311824 del 30 de noviembre de 2018 aportada al expediente digital.

Así las cosas, es evidente como se señaló la improcedencia de lo peticionado por la demandante, pues si bien no se demostró el suministro de la información por parte de Colfondos a la actora, la consecuencia directa de ello es su retorno al RPM, régimen al cual pertenece actualmente, debiéndose **REVOCAR** el numeral PRIMERO de la decisión de primer grado en cuanto a la declaratoria de la excepción de prescripción y **confirmarla** respecto de la ABSOLUCIÓN de las demandadas.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR el numeral PRIMERO de decisión recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2019-00499-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANDREA CAROLINA PONGUTA MONTOYA
DEMANDADO: EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO Y ASEO DE BOGOTÁ E.S.P., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora ANDREA CAROLINA PONGUTA MONTOYA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que que se DECLARE que los artículos 57 y 58 de la Convención Colectiva de Trabajo celebrada entre la EAAB y el Sindicato de trabajadores y empleados de servicios públicos, corporaciones autónomas, Institutos descentralizados y territorios de Colombia – SINTRAEMSDES, el 24 de noviembre de 2015, se pactó que los contratos de trabajo de quienes se encontraban vinculados a la demandada para la fecha de la firma de dicho instrumento, son a término indefinido; se declare que se encuentra afiliada a la organización sindical en mención, por lo que es beneficiaria de la convención suscrita el 24 de noviembre de 2015 y en consecuencia el contrato suscrito entre ella y la demandada el 02 de enero de 2013, pactado a término fijo junto con sus adiciones, en realidad es a término indefinido; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a insertar en su contrato que este es a término indefinido. (fls. 3 a 4).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. es una empresa industrial del Distrito cuyos servidores públicos son trabajadores oficiales; que los trabajadores de la demandada crearon la organización sindical *Sintraemsdes,* la cual fue debidamente inscrita y registrada ante el Ministerio del Trabajo, que la demandada y dicha organización sindical celebraron el 24 de noviembre de 2015, convención colectiva de trabajo, la que en su artículo 57 establece que para garantizar la estabilidad de los trabajadores, los contratos se suscribirían a término indefinido y en su inciso 2 se determinó que los contratos de los trabajadores vinculados al 24 de noviembre de 2015, serían a término indefinido; de igual forma, el artículo 58 de dicho instrumento, señala que la demandada podía contratar trabajadores a término fijo, sólo cuando se trate de la realización de una labor determinada, trabajo ocasional, accidental o transitorio o para reemplazo en vacaciones o licencia.

Afirma que se vinculó al servicio de la demandada mediante contrato de trabajo escrito a término fijo el 02 de enero de 2013, pactándose su fin hasta el 01 de julio de 2013, siendo contratada para desempeñar el cargo de profesional nivel 22, cargo que subsiste en la planta de personal de la demandada, como también las causas que le dieron origen a este, que a través de memorando interno del 27 de junio de 2013, la demandada le informó que su contrato se prorrogaba entre el 02 de julio de 2013 al 31 de diciembre del mismo año, en el mismo cargo y nivel, nuevamente le informan sobre otras prórrogas entre el 01 de enero al 30 de junio del 2014, del 01 de julio al 31 de diciembre del 2014, del 01 de enero al 31 de mayo del 2015, del 01 de junio al 30 de noviembre de 2015.

Refiere que suscribió un nuevo contrato con la demandada a partir del 2 de diciembre de 2015 al 31 de diciembre de 2016, contrato al que se le insertó el otrosí, para seguir ejerciendo el mismo cargo y en el mismo nivel, prorrogándolo hasta el 31 de diciembre de 2017, otro en similares términos prorrogando el contrato hasta el 31 de diciembre de 2018, luego al 31 de diciembre de 2019; prestando sus servicios de manera continua e ininterrumpida con la demandada entre el 02 de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2019.

Señala que siempre ha desempeñado el mismo cargo de profesional nivel 22; que la trabajadora ha obtenido calificaciones sobresalientes en las distintas evaluaciones que sobre su desempeño laboral ha realizado la empresa; que no ha desarrollado su cargo reemplazando a otro trabajador; que no es un trabajo ocasional o transitorio, como tampoco lo es para una obra o labor determinada; que se encuentra afiliada a la organización sindical y se le efectúan descuentos para la misma; que al ser beneficiaria de la convención colectiva se debe entender que esta vinculada mediante contrato de trabajo a término indefinido y por ende su estabilidad no está sujeta a participar en el concurso al cual hace alusión la referida convención.

Indica que los concursos a que hace alusión el capítulo VII de la convención colectiva en el denominado “Régimen de Transición” fueron establecidos para el ingreso de trabajadores con posterioridad a la firma de la convención; que

agotó la vía gubernativa sin obtener una respuesta favorable. Que la empleadora abrió concurso para proveer el cargo que ocupa la demandante desconociendo que la trabajadora se encuentra vinculada en la realidad a término indefinido, sometiéndola a participar en dicho concurso. (fls. 4 a 9).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 23, 25, 28, 30, 31 y 34, dijo ser parcialmente cierto el 8, 9, 15, 17, 18, 19 y 24, señaló que no era un hecho el 29, que no le constaba el 2 y 4 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo a las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada, mala fe de la demandante y la genérica. (CD fol. 122 archivo "CONTESTA")

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO: CONDENAR** a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P. -EAAB** a dar cumplimiento a la cláusula 57° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre esta entidad y el sindicato SINTRAEMSDES con vigencia del año 2015 al año 2019 y bajo esa línea DECLARARÁ este Despacho que la Señora **ANDREA CAROLINA PONGUTA MONTOYA**, vinculada con dicha empresa su contrato de trabajo es a término indefinido a partir del 01 de enero del año 2015, y de acuerdo con la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** no probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada, relevándose el Despacho del estudio de los demás*

TERCERO: CONDENAR *en costas a la parte demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA E.S.P. EAAB, señálense como agencias en derecho la suma de $1.500.000 pesos, que deberá ser cancela a favor de la parte demandante.*

CUARTO: *Contra la presente providencia procede el recurso de apelación."*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que quedó plenamente acreditado el contrato de trabajo entre las partes el cual inicio desde el 02 de enero del 2013; que la demandante es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo; que la convención colectiva es un acuerdo de voluntades; que se aportó la convención colectiva celebrada entre la demandada y el sindicato, la cual tuvo vigencia de 2015 a 2019; que la actora ostenta la calidad de trabajadora oficial de la demandada; que el artículo 58 y 59de la convención colectiva de trabajo fijan las condiciones que regirán los contratos de trabajo; que la empresa demandada y la organización sindical regularon en la convención colectiva de trabajo la forma de vinculación de los trabajadores que se encontraban laborando; que en su inciso tercero se estableció que se debía proteger a las personas vinculadas las cuales debían pasar a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido; que el 19 de octubre del 2020 se dio por terminado el contrato de trabajo de la actora ; que conforme la convención colectiva de trabajo el contrato de la demandante mutó de contrato a término fijo a contrato a término indefinido. Que no alcanzó a transcurrir el término trienal pero que además al tratarse de una pretensión meramente declarativa el derecho a reclamarla no prescribe.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá EAAB** interpuso recurso de apelación señalando que debe tenerse en cuenta la convención colectiva de trabajo como reguladora de los contratos de trabajo de los trabajadores de la EAAB; que se debe dar cumplimiento a lo establecido en la convención colectiva de trabajo, lo cual no puede ser contrario a la ley. Indica que actualmente la demandada se ha visto inmersa

en diferentes procesos por los mismos ellos que aquí se debaten, los cuales han sido fallados a favor de la EAAB. Indica que esta Corporación ha indicado que la creación de la convención colectiva contrario a cercenar los derechos de los trabajadores vinculados lo que busca es garantizar la igualdad de condiciones en el acceso al trabajo y que para ello se diseño un concurso de merito en el cual los trabajadores a término fijo podrán participar a efectos de hacerse beneficiarios de la vacante del contrato a término indefinido como en efecto lo hizo la demandante. Señala que una interpretación diferente sería desconocer la voluntad de las partes y constituiría una interpretación restrictiva que no se acompasa con la verdadera intención de las partes.

Aduce que la empresa agotó la vinculación de los trabajadores a contrato a término indefinido previo concurso de méritos. En cuanto a que se omiten las cláusulas de favorabilidad que señala que esta Corporación hay indicado que no hay ningún conflicto con las clausulas de la convención, pues de su lectura lo que se denota es que fueron las partes las que concibieron la creación de un régimen de transición para la vinculación de este personal para la planta para la cual la demandante estaba vinculada.

Señala que lo que se denota es que fueron las partes las que en ejercicio de su propia autonomía sometieron a un término máximo el cual venció el 30 de noviembre de 2020 plazo durante el cual la empresa demandada por medio del acuerdo convencional en el que se determino que para estos cargos se autorizaba a la EAAB a suscribir contratos a término fijo y posteriormente ya en la planta definitiva si contratos a término indefinido previo concurso de méritos permitiendo que durante dicho interregno la contratación de trabajadores se hiciera siempre y cuando se cumplieran las condiciones para su vinculación. Solicita se apliquen las sentencias proferidas por esta Corporación.

Arguye que se le debe dar prevalencia a la convención colectiva y que el Juez le otorgó una interpretación descontextualizada. Que al juzgador no le es dable interpretar unas clausulas fuera de la voluntad de las partes y de manera descontextualizada.

Afirma que la demandante concursó para 3 convocatorias y que la Corte ya ha dicho que se debe respetar la voluntad de las partes en cuanto a las cláusulas convencionales. Que los trabajadores que se encontraban vinculados mediante contrato de trabajo a término fijo debían participar en el concurso y debían aprobarlo, por lo que la EAAB se ciñó a los acuerdos convencionales.

CONSIDERACIONES

Para resolver el recurso de apelación planteado, se tiene que en el presente asunto, no ofreció reparo la existencia de la relación laboral entre la demandante y la empresa de servicios públicos demandada a través de contrato de trabajo a término fijo, para desempeñarse en el cargo de Profesional nivel 22; prestación del servicio que inició el 02 de enero de 2013, cuestión esta última que fue aceptada por la demandada en respuesta a la narración del hecho No. 8 de escrito de demanda, de igual manera, aceptó las prórrogas efectuadas a dicho contrato inicial y que la demandante es beneficiaria de las prerrogativas previstas en la convención colectiva de trabajo pactada para la vigencia 2015 – 2019, allegada a folio 54 y s.s. del plenario.

Así las cosas, corresponde analizar las disposiciones convencionales cuya aplicación invoca la parte demandante, a efecto de determinar si como este lo indica, su vinculación es a término indefinido; siendo la primera de estas el artículo 57 del cuerpo convencional en mención que señala en cuanto a la vinculación de los trabajadores de la demandada:

> *"Con el objeto de garantizar la estabilidad de los trabajadores, entiéndase que todos los contratos que suscriba la Empresa con los trabajadores, serán celebrados a término indefinido. La empresa se compromete a vincular a todos sus trabajadores oficiales mediante contrato de trabajo a término indefinido previo concurso de méritos con los criterios del escalafón.*
>
> *Respecto de los trabajadores oficiales actualmente vinculados, la clase y naturaleza de los contratos serán a término indefinido, entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo"*

Por su parte, el artículo 58 indica:

> *"La Empresa podrá celebrar contratos que no tengan el carácter de contratos a término indefinido cuando se trate de la realización de una obra o labor determinada, de la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio, casos en los cuales podrá celebrarse por el tiempo que dure la realización de esta obra o trabajo únicamente.*
>
> *De manera excepcional, la empresa podrá vincular trabajadores mediante contrato laboral a término fijo, única y exclusivamente en lo eventos de reemplazo de personal en vacaciones o en licencia. El término de estos contratos no podrá ser superior a la duración de las vacaciones y licencias en virtud de los cuales se realizan.*
>
> *Así mismo, se autoriza en caso de vacancias definitivas, evento en el cual la duración del contrato no podrá en ningún caso superior a cinco (5) meses por cada una de las convocatorias que hubiere que realizar. (…)"*

De las normas convencionales antes transcritas, en especial el artículo 57, en el que se señala con claridad que los trabajadores que venían a la firma de dicha convención vinculados con la demandada como es el caso de la demandante, serían vinculados con contrato a término indefinido, se podría concluir en principio que la vinculación a término fijo de la demandante en realidad corresponde a término indefinido por virtud de dicha disposición.

No obstante lo anterior, conforme se verifica del primer contrato suscrito por la demandante con la demandada visible en el CD a folio 128 del plenario, la vinculación de la demandante tuvo como objeto el adelantamiento de los estudios correspondientes para definir el modelo público de gestión comercial operativa y social de los servicios de Acueducto y Alcantarillado, señalándose que por ello se hacía necesario la suscripción de contratos a término fijo por el periodo de 6 meses, conforme los artículos 23 a 25 de la convención colectiva 2012 – 2014, la que no fue aportada al plenario.

Así las cosas, se tiene que para la fecha de vigencia de la convención colectiva 2015 – 2019, cuya aplicación se depreca, el contrato laboral de la demandante se encontraba vigente pues como se indicó, el primero de ellos se suscribió el 02 de enero de 2013, quedando igualmente demostrado que se prorrogó en múltiples ocasiones de manera ininterrumpida como se observa de folios 19 y s.s. del plenario, prestación del servicio por virtud de dicho contrato que tuvo lugar hasta el 30 de noviembre de 2015 (CD fl. 128); observándose a folio 25 que la prórroga de dicho contrato obedeció a la ampliación de la vigencia de la **planta provisional** de cargos de trabajadores

oficiales para la operación directa de las actividades comerciales, operativas de acueducto y de gestión social de la empresa creada por el Acuerdo 23 de 2012.

De igual forma, en el CD fol. 128 obra suscripción de nuevo contrato a término fijo entre la demandante y la demandada con fecha de inicio del 2 de diciembre de 2015, que también ha sufrido diferentes prórrogas como se observa de folios 19 y s.s. del plenario.

Conforme lo señalado en precedencia, se itera que si bien a la firma de la convención colectiva 2015 – 2019 el contrato primigenio que unió a las partes en litigio se encontraba vigente, lo cierto es que este feneció el 30 de noviembre de 2015, de tal manera la nueva vinculación que tuvo lugar a partir del 2 de diciembre de la anualidad en mención se realizó en vigencia de dicho acuerdo convencional, sin que se haya alegado o se advierta unidad contractual alguna entre dichos vínculos, razón por la cual observa la sala que no puede predicarse que dicha vinculación de la demandante sea a término indefinido en los términos del artículo 57 de la convención tantas veces citada, siendo pertinente resaltar que tales instrumentos deben interpretarse de manera integral y la aportada al plenario regula en los artículos 38 a 58 disposiciones sobre estabilidad en el empleo, régimen contractual y conformación de la planta de la EAAB, que deben ser analizadas de manera sistemática y que señalan en lo que interesa a este asunto:

> ***"CAPITULO V ESTRUCTURA, PLANTA DE PERSONAL, ESCALAFÓN Y CURVA SALARIAL***
>
> ***ARTÍCULO 38. PLANTA DE PERSONAL MINIMA DE LA EABESP:*** *La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo, la planta de personal de trabajadores oficiales es de TRES MIL QUINIENTOS TREINTA Y NUEVE (3.539) cargos, y la planta de personal de empleados públicos es de SETENTA Y NUEVE (79) empleados; en adelante la planta de personal oficial mínima de la EAB ESP es de TRES MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO (3.618) trabajadores con sus respectivos cargos.* ***Los TRESCIENTOS SESENTA Y TRES (363) trabajadores oficiales con sus respectivos cargos que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado, es decir, la planta de adopción e implementación de nueva tecnología, y los SESENTA Y NUEVE trabajadores oficiales con sus respectivos cargos del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, en cumplimiento de la CCTV artículo 79 párrafo tercero serán contratados a término fijo***

por 5 meses periodo prorrogable automáticamente por el mismo periodo, hasta tanto la EAB- ESP implemente la tecnología de punta en medición y facturación para ejecutar estos procesos; la implementación que no podrá exceder el término de CINCO (5) años a partir de la firma de la presente convención colectiva. *Los trabajadores que ejecuten estas actividades gozarán de todos los beneficios y garantías contractuales y convencionales acordadas a la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo.*

Una vez la EAB-ESP inicie la implementación de la innovación tecnológica en las actividades de lectura, revisión, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo; definirá los cargos necesarios para estos procesos y los restantes se suprimirán automáticamente de la planta de personal definida en la presente convención colectiva. Si la EAB-ESP no ha implementado la innovación tecnológica dentro de los (5) años siguientes a la suscripción de la presente convención colectiva, se obliga a convocar a los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado la viabilidad del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, a concurso de méritos en los términos establecidos en la presente Convención Colectiva de Trabajo. *Los contratos a término fijo se prorrogarán hasta que los procesos de concurso concluyan que no podrán exceder a quince (15) meses.*

La vinculación de los trabajadores que hacen parte de los procesos de lectura, revisiones internas, reparto y volanteo de Acueducto y Alcantarillado y del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo, se realizará por concurso de méritos en las mismas condiciones de ingreso del Régimen de Transición por única vez, para proveer las vacantes que resulten por la adopción de la planta de personal, con la participación de todos los trabajadores vinculados a la EABESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo, labor contratada y OPS en igualdad de condiciones.

(…)
Parágrafo 3: La Empresa implementará los procesos de selección para llenar las vacantes que allí se generen, dando aplicación al Ciclo de Desarrollo Humano que se apruebe. Este proceso se adelantará así: primero, internamente dando prioridad en participación a los trabajadores vinculados con la EAB-ESP a término indefinido; segundo, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicios o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua por cuatro o más años;, tercero, se procederá con aquellos trabajadores con contrato a término fijo, prestación de servicio o por labor contratada que lleven vinculados con la EAB-ESP de forma continua o discontinua entre un año y cuatro años; y cuarto, el mismo procedimiento a los trabajadores que con cualquier modalidad de contrato que lleven menos de un año o con personal externo. (…)

CAPITULO VI RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

ARTÍCULO 49. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: *La Empresa de Acueducto Alcantarillado y Aseo de Bogotá y SINTRAEMSDES RAD. 110013105-020-2019-00667-01 11 Subdirectiva Bogotá acuerdan crear un Régimen de Transición para la vinculación de personal por un periodo de cinco (5) años, el cual inicia a partir del primero (1) de diciembre del año 2015 y termina el treinta (30) de noviembre del año 2020,* ***para facilitar el ingreso con contrato a término indefinido a través de concurso de méritos de los trabajadores a la planta de personal oficial de la EAB-ESP.*** *(…)*

Parágrafo: Cualquier trabajador que ingrese a la empresa a partir de la firma de la presente convención colectiva de trabajo, durante el

régimen de transición se le aplicarán las condiciones establecidas en esta convención para dicho régimen hasta el vencimiento del mismo, luego de lo cual seguirá vinculado con las mismas condiciones establecidas en la Convención Colectiva de Trabajo Vigente (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015)

ARTÍCULO 50. DERECHOS DE LOS TRABAJADORES VINCULADOS MEDIANTE CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: *La EAB-ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá, acuerdan que a partir de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo los trabajadores contratados bajo las modalidades de contrato a término fijo y labor contratada tendrán los mismos derechos convencionales establecidos en el periodo de transición.*

PARÁGRAFO: Vencido el régimen de transición los trabajadores con contrato a término fijo y labor contratada se seguirán beneficiando de la Convención Colectiva de Trabajo en los términos anteriores, que conllevan a la excepción de los derechos de préstamo de vivienda, becas de educación formal y quinquenio (Acta de Acuerdo No. 7 de 2015). ARTÍCULO 51. VINCULACIÓN DE TRABAJADORES CON CONTRATOS A TÉRMINO FIJO Y LABOR CONTRATADA: La Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Bogotá ESP y SINTRAEMSDES Subdirectiva Bogotá ***definieron que el Régimen de Transición irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 30 de noviembre de 2020. Los contratos a término fijo celebrados por la EABESP en la planta transitoria vencen el 30 de noviembre de 2015. Las partes acuerdan que, a partir del 1 de diciembre de 2015, los trabajadores que hoy laboran en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo serán vinculados con contrato a término fijo, dentro de la Planta Oficial Definitiva de la EAB-ESP por un término inicial de trece meses (13) que irá desde el 1 de diciembre de 2015 hasta el 31 de diciembre de 2016. Estos contratos se prorrogarán automáticamente conforme con lo establecido en el capítulo de Formalización Laboral contenido en la presente Convención Colectiva de Trabajo. (...)». (Negrilla fuera del texto original)***

En desarrollo de las anteriores normas, el artículo 53 de la convención analizada, dispone la creación de concurso de méritos dentro de la demandada para proveer las vacantes del personal bajo la modalidad a término indefinido que resulten de la adopción de la *planta de personal definitiva,* señala dicha disposición:

ARTÍCULO 53. CONSURSO DE MÉRITOS POR UNA ÚNICA VEZ PARA PROVEER LAS VACANTES QUE RESULTEN DE LA ADOPCIÓN DE LA PLANTA DE PERSONAL. *Por una única vez la EAAB-ESP hará la provisión de personal a término indefinido de las vacantes que resulten por la adopción de la planta de cargos definitiva de trabajadores oficiales, mediante proceso de concurso de méritos que se realizará en tres (3) Convocatorias así Primera Convocatoria: Podrán participar todos los trabajadores de la EAB-ESP, mediante contratos a término indefinido, término fijo y labor contratada vinculados a la firma de la presente Convención de Trabajo. El personal que a la firma de la presente Convención Colectiva se encuentre desarrollando actividades de Call Center que lleve como mínimo un (1) año vinculado a este proceso al interior de la EAB-ESP, podrá participar en esta convocatoria. (…)*

Es así como del clausulado transcrito se logra determinar que si bien la demandada estipuló la contratación de sus trabajadores en la modalidad a término indefinido, salvo las excepciones previstas en los artículos 57 y 58 del instrumento convencional bajo análisis, en el mismo y como lo indica la demandada en sus alegaciones, se pactó por las partes que los trabajadores que venían laborando para la época en los *procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios de acueducto y alcantarillado y los del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo,* terminarían su contratación para ser vinculados nuevamente a partir del 01 de diciembre de 2015 en planta de personal **permanente** de la demandada, mediante contratos a término fijo inicialmente por 13 meses y prorrogables durante la vigencia del régimen de transición antes descrito, esto es, hasta el 30 de noviembre de 2020, quedando demostrado como se dijo al inicio de las consideraciones de este pronunciamiento, que la demandante fue contratada para desempeñarse en dicho proceso, como se corrobora entre otros a folios 19 y s.s. del plenario.

De igual manera y si bien mediante el Acuerdo 024 del 20 de noviembre de 2015 aportado por la demandante a folio 105 del plenario y que modificó el Acuerdo 12 de 2007, se crea al interior de la demandada una planta de personal de 1193 cargos oficiales vinculados a través de contrato a término indefinido para garantizar *la prestación de las actividades de operación comercial, operativa de acueducto y de gestión social* en forma permanente y continua; lo cierto es que durante la vigencia del régimen de transición pactado convencionalmente, se le permitió a esta la provisión de dichos cargos a término fijo con el fin de garantizar el adelantamiento del respectivo concurso de méritos para proveer de manera definitiva los mismos.

Es así como atendiendo las condiciones particulares de la vinculación de la demandante, resulta claro que esta se aviene a lo previsto en el artículo 51 de la Convención Colectiva aportada, como quiera que fue en ella donde se pactó que la planta transitoria, a la cual se encontraba vinculada la actora, fenecía el 30 de noviembre de 2015, fecha en la que terminó su contrato primigenio suscrito con la demandada y si bien como se señaló fue contratada nuevamente a partir del 2 de diciembre de 2015 para

desempeñar el mismo cargo esto es, el de profesional nivel 22, lo cierto es que esta vinculación bajo la modalidad a término fijo estaba autorizada por el acuerdo convencional, ya que se itera, quedó demostrado que dicho cargo pertenecía a la anterior planta provisional, siendo creado de manera definitiva según el artículo primero del ya referido Acuerdo 024 de 2015 al que le está encargado «*la prestación de las actividades de la operación comercial, operativa de acueducto y gestión social*», a las que se refiere el denominado régimen de transición previsto en el artículo 51 de la convención bajo análisis y que permite «transitoriamente» la vinculación de este grupo de trabajadores a través de contrato a término fijo.

Por último, resulta pertinente indicar que la decisión aquí tomada no permite concluir que se esté fallando de manera favorable a los intereses de la demandada, pues analizada la convención colectiva cuya aplicación se invoca, la creación del régimen de transición previsto en esta, lejos de desconocer los derechos de los trabajadores vinculados a la fecha de adopción de esta, garantiza la igualdad de oportunidades a estos para el acceso al trabajo, para lo cual como se vio, se diseñó el sistema de concurso de méritos en virtud del cual, los trabajadores con contrato a término fijo tienen la posibilidad de participar en él en aras de acceder a las vacantes a través de contrato a término indefinido.

Por los anteriores razonamientos, habrá de **revocarse** la sentencia recurrida en su totalidad para en su lugar, ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por lo que se declararán probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe de la demandada.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la demandante.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar ABSOLVER a la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS LAS EXCEPCIONES de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe de la demandada, propuestas al contestar la demanda.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 39-2019-00655-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ANA MARÍA GIRALDO RUÍZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. ORIANA ESPITIA GARCIA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.034.305.197 y tarjeta profesional No. 291.494del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **MARÍA ALEJANDRA CORTÉS GÓMEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.053.846.589 y tarjeta profesional No. 328.170 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma MAURICIO PAVA LUGO S.A.S., como apoderada principal de la AFP PROTECCION para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLFONDOS, PROTECCION S.A. y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 30 de septiembre de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la AFP PROTECCION y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora ANA MARÍA GIRALDO RUÍZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de su afiliación al RAIS ante la omisión de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A. del deber profesional de información; se ordene el traslado de la demandante a COLPENSIONES como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; se ordene a PROTECCION S,A, la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado como lo dispone el artículo 1746 del C.C., gastos de administración o cualquier otro debiendo asumir de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por el pago de las mesadas o por los gastos de administración; se condene a PROTECCION S.A. que en caso de haberse otorgado previamente pensión la siga pagando hasta tanto sean trasladados por el Fondo demandado todos los recursos a COLPENSIONES para financiar la deuda pensional y sea incluida en nómina de pensionados, junto con las costas del proceso y lo que resulte probado extra y ultra petita. (fl. 9 a 10 archivo 01 Expediente digital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 15 de septiembre de 1987; que por la publicidad y la gestión realizada por los fondos privados decidió trasladarse al RAIS a la AFP COLFONDOS el 05 de abril de 2000; que COLFONDOS a través de su promotor sólo se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle la información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta; que no le entregó proyecciones; que posteriormente, se trasladó a PROTECCION S.A. ; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 5 a 9 archivo 01 Expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 19, 20 y 28 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls. 30 a 64 archivo 03 Expediente Digital).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., respecto de los hechos aceptó el 16, 17, 18, 23, 24, 29 y 30, dijo no constarle el 1, 13, 14, 15, 19, 20, 21, 22, 25 y 28 y negó parcialmente los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS e inexistencia de la obligación de devolver el pago del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación. (fls. 14 a 38 archivo 05 Expediente Digital).

Finalmente, COLFONDOS S.A. respecto de los hechos señaló que no le consta el 1, 2, 16, 17, 18, 19, 20, 23, 24, 25, 26, 28, 29 y 30 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 obligatorios administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago. (fls. 1 a 17 archivo 07 Contestación Colfondos)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR *que el traslado que hizo la señora* ***ANA MARÍA GIRALDO*** *del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad a partir del 01 de junio del 2000 a través de la administradora de fondos de pensiones* ***COLFONDOS SA*** *es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que se predica también de traslado que se hizo de* ***COLFONDOS S.A a PROTECCIÓN S.A*** *cuya fecha de efectividad fue primero de agosto de 2005.*

SEGUNDO: CONDENAR *a* ***PROTECCIÓN SA.*** *a que transfiera al régimen de prima media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración (éstas últimas debidamente indexadas), durante el tiempo que se encontraba afiliada la demandante, y sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes o para la garantía de la pensión mínima, con destino al régimen de prima media con prestación definida administrado por* ***COLPENSIONES.***

TERCERO: ORDENAR *a* ***COLFONDOS S.A.*** *que pague o que remita a* ***COLPENSIONES*** *los dineros que haya recibido por concepto de gastos de*

administración, dineros que deben ser debidamente indexados durante el lapso en que estuvo vigente la afiliación.

***CUARTO ORDENAR** a **COLPENSIONES** que reciba los dineros a los cuales se ha hecho referencia en el numeral anterior y que reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida y sin solución de continuidad.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.*

SEXTO: INFORMAR** a **COLPENSIONES** que puede iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declara ineficaz, por parte de **PROTECCIÓN SA y COLFONDOS S.A.

***SEPTIMO: CONDENAR** a **PROTECCIÓN SA y a COLFONDOS** al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de **$1.890.000**. en los términos del artículo 365 del C.G.P.*

***OCTAVO: ORDENAR** la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a **COLPENSIONES**." (archivo 02 ActaAudienciaArt77y 80Cptss)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que para que se hable de una decisión libre y voluntaria debe estar precedida de la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones. Que si la demandante alega que no se le brindó la información requerida la AFP debe desvirtuarlo. Que no es suficiente con el formulario de afiliación para dar por demostrado el deber de información. Se debe declarar la ineficacia del traslado y la devolución de todas las sumas incluyendo los gastos de administración. Que el derecho reclamado es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, recurrió señalando que, se debe revocar la condena impuesta por devolución de los gastos de administración, como quiera que de cada aporte realizado por la actora el 3% fue destinado para cubrir esos gastos, los cuales son un descuento que se

encuentra debidamente autorizado por la Ley y que opera en ambos regímenes. Señala que cuando se declara la ineficacia sólo es procedente la devolución aportes más rendimientos, pues las comisiones ya se causaron.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe verificar si la jurisprudencia es aplicable cuando a pasado un tiempo sin realizar cotizaciones. Señala que no es posible la devolución de los gastos de administración, ni primas previsionales porque esos emolumentos se utilizaron conforme a la ley y no reposan en su patrimonio. Indica que condenar a pagar los gastos de administración de su propio patrimonio sería sancionar a PROTECCION por un daño que ni siquiera se probó. Aduce que no está permitido trasladarse a menos de 10 años de adquirir la pensión y que no se le debe condenar en costas.

Finalmente, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES** recurrió señalando que no se acreditó el engaño. Que la demandante indicó que realizó el traslado de manera libre y voluntaria al absolver el interrogatorio de parte, por lo tanto, se le debe dar plena validez. Que la demandante fue objeto de una reasesoría. Que no cumple los requisitos necesarios para devolverse, ni legales, ni jurisprudenciales. Que lo que mueve a la demandante es un monto económico. Que la demandante nunca se ocupó de conocer el valor de su mesada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Ana María Giraldo Ruíz, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS S.A. en el año 2000 (fl. 69 archivo 01Expediente Digital) y posteriormente a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN el 30 de junio de 2005 (fl. 89 archivo 01 Expediente Digital).

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Ana María Giraldo Ruíz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP inicial.

Y es que el deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c)*

de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recibió información o asesoría por parte de los promotores del traslado y que tampoco se le informaron las consecuencias del mismo.

De igual manera y si bien al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es, que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que un afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la información exigida al momento del traslado y no con posterioridad a él, por lo que no sanea la falta de información con asesorías brindadas con posterioridad al traslado inicial.

No siendo de recibo tampoco que PROTECCION alegue la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 1818 del 3 de mayo de 2021 esto no tiene ninguna incidencia en los casos en que se solicita la ineficacia del traslado, pues para estudiar dichos aspectos implicaría necesariamente la validez del acto de traslado a la AFP PRIVADA y aquí nos encontramos ante una ineficacia de traslado ante la falta de información.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso y en sus alegatos de conclusión, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicitan la AFP colfondos S.A. y la AFP Protección S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del

10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

En cuanto al argumento de PROTECCION respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Por último, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **confirmará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 20-2019-00777-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE GÓMEZ HERRERA

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al **Dr. GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.014.196.194 y tarjeta profesional No. 276.516 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **PAULA HUERTAS BORDA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.020.833.703 y tarjeta profesional No. 369.744 del C.S de la J en su calidad de abogada inscrita de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Skandia Pensiones y Cesantías y Colpensiones y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 25 de febrero de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la AFP PORVENIR y COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

El señor JORGE ENRIQUE GÓME HERRERA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada por el actor a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el 18 de septiembre de 1998; se declare la nulidad de la afiliación que realizó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 25 de abril de 2000; se declare la nulidad de la afiliación efectuada a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. el 11 de febrero de 2015. Como consecuencia, solicita se ordene a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. que traslade al demandante con todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos causados al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; que se ordene a COLPENSIONES recibir al actor como su afiliado sin solución de continuidad en el régimen de prima media, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 4 a 5 archivo 01 2019-777).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 03 de abril de 1961; que laboró al servicio de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares del 16 de agosto de 1982 al 29 de abril de 1985; que laboró al servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio efectuando cotizaciones a CAJANAL; que posteriormente se afilió al extinto ISS el 01 de septiembre de 1997; que el 18 de septiembre de 1998 se afilió a la Administradora de Fondo de Pensiones PENSIONAR hoy SKANDIA; que al asesor de PENSIONAR le manifestó que sus aportes se perderían si continuaba en el ISS; que al realizar el traslado podría pensionarse cuando quisiera sin importar el capital ahorrado y que su pensión sería superior a la que obtendría en el Régimen de Prima Media; que posteriormente el 25 de abril de 2000 se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.; que luego se trasladó el 11 de febrero de 2014 a SKANDIA sin recibir ninguna información; que solicitó anular su afiliación al RAIS sin obtener una respuesta favorable. . (fls. 5 a 7 archivo 01 2019-777).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 19 y 20, negó el 8, 12 y 13 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls. 132 a 153 archivo 01 2019-777).

Por su parte, **Skandia Pensiones y Cesantías S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 6, 9, 14, 15, 17 y 18, negó el 7, 10, 11 y 13, dijo ser parcialmente cierto el 12; que el 16 no era un hecho y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, genérica, prescripción y cobro de lo no debido por

ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (fls. 182 a 192 archivo 01 2019-777).

Finalmente, **la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 21 y 22. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fls. 236 a 271 archivo 01 2019-777).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la INEFICACIA de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por el señor JORGE ENRIQUE GOMEZ HERRERA, efectuado el 1****8 DE SEPTIEMBRE DE 1998 al FONDO PENSIONAL OLD MUTUAL SKANDIA*** *y sus traslados horizontales posteriores, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES.*
>
> ***TERCERO: ORDENAR*** *a las administradoras AFP OLD MUTUAL Y PORVENIR S.A., devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones del afiliado JORGE ENRIQUE GOMEZ HERRERA, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES EICE y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.*

> ***CUARTO: CONDENAR*** *en costas a las demandadas COLPENSIONES, AFP OLD MUTUAL SKANDIA Y PORVENIR S.A., a favor del demandante. Tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente TRES (3) SMMLV, pagaderos a cuota parte***.”**

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia; que el presente proceso se debe estudiar desde la figura de la ineficacia y no desde el traslado; que no es suficiente el formulario de afiliación; que corresponde a las AFP allegar prueba sobre los datos suministrados al afiliado; que la AFP inicial no probó haber brindado la información al momento del traslado por lo que debe declararse la ineficacia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que no se da el vicio de consentimiento por error. Que la carga de la prueba correspondía al actor. Que se debe tener en cuenta la descapitalización del sistema y que no bastaba con la sola afirmación del demandante.

Por su parte, **Skandia Pensiones y Cesantías S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración, los cuales son una contraprestación por el servicio prestado por cuanto el actor era beneficiario de una póliza durante la vigencia de la afiliación; que ya no cuenta con esos dineros ; que el actor tenía conocimiento que se le hacían esos descuentos; que al ordenar la devolución de los gastos de administración se genera un detrimento para Skandia y un enriquecimiento sin causa para el actor. Señala que para la liquidación de las costas existen unas tablas de liquidación y que el monto tasado por el *A quo* es excesivo.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de

consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Jorge Enrique Gómez Henao, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Pensionar hoy AFP SKANDIA, en el año 1998 (fl.74 archivo 01 2019-777) y, posteriormente a la AFP COLPATRIA hoy AFP PORVENIR en el año 2000 (fl. 81 archivo 01 2019-777) y a la AFP SKANDIA en el año 2014 (fl. 75 archivo 01 2019-777); siendo ésta última AFP en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le

endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Jorge Enrique Gómez Herrera, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1998; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP PENSIONAR hoy AFP SKANDIA, al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP skandia.
Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento. Aunado a que los traslados horizontales que efectuara el actor dentro del RAIS, de ninguna manera se pueden tener como ratificación de su voluntad de permanecer en dicho régimen, ya que tal acto de afiliación desde su nacimiento se predica ineficaz, al no haber estado precedido de la información suficiente para el efecto.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por la AFP PENSIONAR hoy AFP SKANDIA, es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año de 1998, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.
Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que le asesor le manifestó que el ISS estaba en crisis y que podía perder sus aportes; además que al trasladarse podía pensionarse cuando quisiera y con una pensión mayor que en el ISS.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, contrario a lo pretendido por COLPENSIONES, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, contrario a lo manifestado por Colpensiones en su recurso, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

Por otra parte, se tiene que contrario a lo manifestado por la AFP SKANDIA la decisión de primer grado no ordenó la devolución de lo descontado por concepto de gastos de administración, sin embargo, como este proceso se esta conociendo en consulta en favor de COLPENSIONES, es necesario precisar que es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración, tal y como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, aspecto que se adicionará a la sentencia recurrida.

Adicionalmente, la devolución de los gastos de administración no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen peticionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP SKANDIA.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **ADICIONAR** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de SKANDIA en el que señala que no está de acuerdo con el monto de las agencias en derecho por considerarlas excesivas, no hay lugar a realizar ningún pronunciamiento frente a ese tema como quiera que el numeral 5° del artículo 366 del CGP al cual nos remitimos por disposición expresa del artículo 145 del C. P. del T. y de la S.S. es claro al señalar que la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo pueden controvertirse mediante recurso de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas y aquí se están resolviendo los recursos contra la sentencia.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal tercero de la sentencia recurrida, para en su lugar declarar que el traslado ordenado a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. debe incluir lo descontado por concepto de gastos de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 13-2020-00006-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
DEMANDANTE: AIDE LÓPEZ VARGAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y uno (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de junio del 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora AIDE LÓPEZ VARGAS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que ORDENE LA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO realizado del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS el 01 de octubre de 1994. Como consecuencia, solicita se declare que para todos los efectos legales siempre ha permanecido afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se ordene a COLFONDOS trasladar los aportes realizados por la actora, junto con los que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 9 archivo 01. CUADERNO PRINCIPAL).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 06 de diciembre de 1964; que prestó sus servicios en diferentes empresas; que se afilió al ISS el 14 de noviembre de 1984; que se trasladó al RAIS el 01 de octubre de 1994 a través de COLFONDOS; que la AFP COLFONDOS no le brindó la información completa y veraz al momento de su traslado, induciéndola a error a través de engaños; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 4 a 8 archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 18 y 19; negó el 5, aceptó parcialmente el 6, señaló que no eran un hecho el 17, 25, 26 y 27 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 73 a 77 archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL).

Por su parte, **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 18 y 19; negó el 5, aceptó parcialmente el 6, señaló que no eran un hecho el 17, 25, 26 y 27 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que

denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (fls. 73 a 77 archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> ***"PRIMERO: DECLARAR*** *la ineficacia del traslado de la señora AIDE LÓPEZ VARGAS, identificada con C.C N° 51.772.776, del régimen de Prima Media con Prestación administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A., realizado el día 19 de septiembre de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR*** *válidamente vinculada a la demandante AIDE LÓPEZ VARGAS, identificada con C.C. N.° 51.772.776, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora AIDE LÓPEZ VARGAS, identificada con C.C. N.°51.772.776, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER*** *a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas.*

SEXTO: SIN COSTAS *en esta instancia.*

SÉPTIMO: *En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.**"*** *(archivo 09. ACTA PROCESO 2020-006)*

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio de la corte Suprema de Justicia; que la carga probatoria está en cabeza de la AFP; que la AFP no probó haber brindado la información suficiente y que no bastaba con el formulario de afiliación.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora AIDE LÓPEZ VARGAS, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A. en el año 1994, como se verifica de copia del mismo. (fl. 29 archivo 01 CUADERNO PRINCIPAL)

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que le hubiera brindado a la señora Aide López Vargas información alguna o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** al RAIS en el año 1994; por lo que se debe dar por demostrado que esta demandada, faltó al deber de información pues debió indicarle a la demandante en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, debiéndose **confirmar** la sentencia de primer grado en cuanto a la declaratoria de ineficacia de traslado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea

jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Protección, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-00629-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JUDITH DEL SOCORRO CERRA MAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del C.S de la J como apoderada sustituta de COLPENSIONES, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Protección S.A. y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de junio de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES y la parte DEMANDANTE.

ANTECEDENTES

La señora JUDITH DEL SOCORRO CERRA MAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la existencia de un vicio del consentimiento en la afiliación al RAIS. Como consecuencia, solicita se DECLARE la nulidad o ineficacia del traslado a PROTECCION; se condene a PROTECCION a trasladar los aportes junto con los rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorro individual del actoral RPMPD; se condene a COLPENSIONES a recibir todos los aportes junto con los rendimientos y a realizar la activación de la actora en el RPMPD, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 8 a 9 archivo 001. 11001310502620190062900).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 17 de diciembre de 1957; que estuvo afiliado al RPMPS en el ISS hoy Colpensiones desde el 24 de mayo de 1989; que el 02 de noviembre de 1995 se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCION; que los asesores de COLMENA le dieron una información general y no personalizada; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que actualmente tiene acumulado en el RAIS un capital de $251.091.125; que según lo informado por PROTECCION la actora tiene un bono pensional por valor de $112.216.171; que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 5 a 8 archivo 001. 11001310502620190062900).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 13, 14, 15, 16, 19 y 20 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad inexistencia de causal de

nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica. (fls. 114 a 131 archivo 001. 11001310502620190062900).

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 3, 13, 14 y 16, dijo no constarle el 2, 15, 17 y 19 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (archivo 003 contestación demanda).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> "**PRIMERO:** ***DECLARAR*** *ineficaz el traslado efectuado por la demandante Judith Del Socorro Cerra Maz al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de Noviembre de 1995.*
>
> ***SEGUNDO: CONDENAR*** *a la demandada PROTECCION a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR*** *a la demandada COLPENSIONES a que acepte dicho traslado y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.*
>
> ***CUARTO: DECLARAR*** *no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

QUINTO: CONDENAR *en costas a la demandada PROTECCIÓN. Fijándose como agencias en derecho la suma* de *UN MILLON DE PESOS ($1.000.000).”*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que la carga probatoria esta en cabeza de la AFP; que no es suficiente con la firma del formulario de afiliación; que que no existe prueba de que la AFP PROTECCION le haya brindado la información necesaria al momento del traslado por lo que procede la ineficacia.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe revocar la condena por concepto de devolución de gastos de administración, pues dichos descuentos son autorizados por la Ley. Que el descuento de gastos de administración se utiliza para cubrir unos riesgos. Que se acreditó que la demandante ganó rendimientos financieros en el tiempo que estuvo afiliada al RAIS. Que con la devolución de los gastos de administración se genera un enriquecimiento sin justa causa por parte de COLPENSIONES. Que se debe tener en cuenta lo que se fijó por la superintendencia financiera, el cual indica que en los casos de ineficacia de traslado lo único que se debe devolver son los aportes con los rendimientos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Judith del Socorro Cerra Maz, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Colmena hoy Protección, en el año 1995 (fl.100 archivo 11001310502620190062900), siendo ésta en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo

cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Judith del Socorro Cerra Maz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

> *"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.*
>
> *En ese orden, concluyó que:*
>
> ***(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo*** *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular*

Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1995, por lo que es necesario

resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, en el presente caso ni siquiera se solicitó el interrogatorio de parte de la actora no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informó el asesor de la AFP Protección al momento del traslado fue que el ISS se iba acabar; que podía pensionarse de manera anticipada y en mejores condiciones.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber*

de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo solicita la AFP Protección S.A. en su recurso, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por la AFP Protección, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera que invoca Protección S.A, en

su apelación, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP en mención, lo cual no constituye un enriquecimiento sin causa como lo sostiene la AFP Protección S.A.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2018-00617-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **CLAUDIA LILIANA VELA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 65.701.747 y tarjeta profesional No. 123.148 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad CAL& NAF ABOGADOS S.A.S, como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. MARÍA CLAUDIA TOBITO MONTERO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.786.735 y tarjeta profesional No. 300.432 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintidós (2022), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 31 de agosto de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA LUCÍA RODRÍGUEZ GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS incumplió los deberes legales de información con la actora generando un error de hecho que vició su consentimiento al momento de realizar la afiliación al RAIS; se declare la nulidad de la afiliación en pensión realizada al RAIS; se declare que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; se condene a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de la cuenta de ahorro individual de la demandante con los rendimientos; condenar a COLPENSIONES a activa la afiliación de la actora, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fls. 14 a 15 archivo 01. Expediente 19-2018-617).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 29 de enero de 1963, por lo que a la presentación de la demanda contaba con 55 años de edad; que inicialmente estuvo vinculada al RPMPD; que posteriormente se traslado al RAIS a la Administradora de Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A.; que al momento de trasladarse no fue asesorada adecuadamente; que el ISS estaba en la obligación de brindarle asesoría al momento del traslado; que los asesores de COLFONDOS le manifestaron que era mejor trasladarse al RAIS; que iba a poder definir la fecha en la que se quisiera pensionar sin necesitar de contar con un número de semanas y una edad y que el ISS se encontraba en crisis; que el ISS no respondía en caso de fallecimiento a los herederos; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable. (fls. 9 a 13 archivo 01. Expediente 19-2018-617).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 23 y 24 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (fls. 149 a 171 archivo 01. Expediente 19-2018-617).

Por su parte, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 12, 13, 14, 20, 21, 23 y 24; negó el 4, 15, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica. (fls. 193 a 219 archivo 01. Expediente 19-2018-617).

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 12 y 14, negó el 9, 10, 11, 13, 15 y 16 y dijo no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (archivo CD folio 160).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

> *"**PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado que realizó la señora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ GOMEZ, identificada con C.C N.° 51.720.814, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, efectuado en septiembre 01 de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.*
>
> ***SEGUNDO: DECLARAR** válidamente vinculada a la demandante MARTHA LUCIA RODRIGUEZ GOMEZ, identificada con C.C. N.° 51.720.814, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, desde marzo 04 de 1999 hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***TERCERO: CONDENAR** a la demandada AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA LUCIA RODRIGUEZ GOMEZ, identificada con C.C. N.° 51.720.814, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*
>
> ***CUARTO: ABSOLVER** a las entidades demandadas de las demás pretensiones de la demanda.*
>
> ***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuesta por la pasiva.*
>
> ***SEXTO: Costas** en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES. y COLFONDOS S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de $300.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.*
>
> ***SEPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta."*

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el fondo a través del cual se trasladó al RAIS fue COLFONDOS S.A.; que COLFONDOS sabía que debía brindar la información a la demandante, sin embargo, no probó haber brindado la asesoría; que al no probarse que se brindó la asesoría se debe declarar la ineficacia; que la declaratoria de ineficacia de traslado es imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que para condenar en costas procesales debe tenerse en cuenta que dicha entidad nunca estuvo presente en el traslado al RAIS. Que la actora escogió trasladarse de manera libre y voluntaria por lo que no es dable imponerle condena en costas. Que debe tenerse en cuenta que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de la Ley 797 del 2003. Que no existe prueba alguna que demuestre que nos encontramos frente a un vicio del consentimiento. Que la nulidad quedó saneada de manera tácita. Que sólo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación. Que se debe tener en cuenta las nuevas sentencias de la Corte Constitucional sobre actos de relacionamiento.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Martha Lucia Rodríguez Gómez, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP COLFONDOS, en el año 1999 (fl. 227 archivo 01. Expediente 19-2018-617), siendo ésta en la que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, si bien se peticionó la nulidad de traslado de régimen, lo cierto es que se alega tal consecuencia por omisión al deber de información, caso en el cual lo pretendido se debe estudiar bajo la óptica de la ineficacia como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, reiterada en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que señaló que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el

deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo 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, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y como bien lo señala la parte demandante, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Martha Lucia Rodríguez Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada COLFONDOS S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió

indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable y en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP COLFONDOS.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, indicando esa Alta Corporación:

"Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo *-artículo 3.°, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.°del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.° 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.*

(ii) ***En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.***

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, es claro que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, le asistía el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP,** mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

No pudiendo de ninguna manera entenderse ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por COLFONDOS S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que no recuerda como se hizo el traslado a la AFP COLFONDOS que lo único que recuerda es que le dijeron que podía pensionarse más joven.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, si bien se peticiona la nulidad de traslado, lo cierto es que como se indicó al inicio de este pronunciamiento, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

> *"En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia."*

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindarla al momento del traslado.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4 en la sentencias SL 2440-2021, SL 1061-2021, SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS entre otros, esta Sala de Decisión no acoge su criterio como quiera que la sala de descongestión no puede hacer cambios en la jurisprudencia de la CSJ. Además porque dichas sentencias han venido siendo revocadas por la Corte Suprema de Justicia al ser objeto de acciones de tutela entre otras en la STP 15228-2021 en la que se señaló de manera clara que se amparaba el derecho fundamental del accionante como quiera que la Sala de Descongestión con su decisión estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la CSJ y ordenó a la Sala de Descongestión resolver nuevamente el recurso de casación, pues la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999,** resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

> *"También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido.* ***Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,*** *pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones." (Negrilla fuera del texto original)*

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, como lo señala Colpensiones en su recurso, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de Colpensiones respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el

valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones demandado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO