República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-041-2021-00311-01. Proceso Ordinario de Luz Stella Cortés Sandoval contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación presentados por las apoderadas de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el 6 de julio de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones,

bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración, ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 16 de julio de 1968, por lo que contaba con 53 años de edad, afiliándose a Colpensiones desde el inicio de sus aportes pensionales y hasta el año 1998; que se trasladó a Porvenir S.A. a partir del 1° de mayo de 1998, sin embargo, no se le informó la naturaleza del RAIS, sus características, diferencias con el RPM, ventajas y desventajas de cada régimen, las condiciones que debería cumplir en cada uno de ellos para obtener el derecho pensional, que el monto de la pensión dependería del capital que lograra ahorrar en su cuenta individual, no le indicó que podía hacer aportes voluntarios para aumentar el monto de la prestación: así mismo, no le informó que en el RPM la pensión se otorgaba por semanas de cotización, edad y salario base de cotización.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A. y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros gastos de administración y comisiones, debidamente indexados, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros, ajustando la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y trasparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión de primer grado en su integridad, teniendo en cuenta que con el fallo se quebrante principio de derecho como la confianza legítima y la sostenibilidad financiera. La confianza legítima confiada, esto por cuanto se desconoce la suscripción de un formulario para el año 1998, así como la generación de aportes, la permanencia ene l RAIS, circunstancias que acreditan que la demandante quería pertenecer al mismo, sin que se pueda dejar de lado que se acredita un porcentaje del 61% de rendimiento que beneficia a la demandante, capital que le permite obtener una mesada pensional, más aún, cuando se debe hacer énfasis en las obligaciones del consumidor financiero, ya que era su deber conocer la norma del régimen al cual se vincula, debe conocer la Ley conforme con el artículo 9° del C.C., que impone que antes del traslado debía conocer la Ley 100 de 1993, que impone las características y deberes de los regímenes pensionales, así como el Decreto 2555 de 2010 impone los deberes que tienen los afiliados e informarse del sistema pensional, obligaciones que fueron desconocidos, al igual la autonomía de la voluntad de la demandante y se obliga allegar pruebas que no eran exigidas y que nacieron a la vida jurídica con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y Ley 1748 de 2014, pues antes la única obligación era la suscripción del formulario, el que se desconoce en la decisión. Ahora bien, al declararse la ineficacia se debe tener en cuenta el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, que establece los valores a retornar que son aportes y rendimientos, pero no se debe devolver los gastos de administración u otras sumas diferentes, en la medida que las sumas no hacen parte, ni financian el derecho pensional, pues son obligaciones de tracto sucesivo, además, que el artículo 2 de la misma Ley, que establece que tanto para el RPM y el RAIS, se establece el pago de gastos de administración y para las coberturas de invalidez y muerte, por lo que a la parte

demandante se le ha brindado la cobertura y contratación de terceros ajenos de buena fe, por lo que al devolverse dichos conceptos se genera un enriquecimiento sin justa causa por Colpensiones pues dicha entidad no ha administrado en los últimos 23 años aporte alguno de la demandante, por lo que se debe tener en cuenta los valores de rendimientos, la devolución gastos de administración de forma indexada, condena que impone una doble sanción, pues los dineros a retornar los mismos se giran de forma actualizada y por ende la indexación es una doble condena, aún más, cuando rendimientos superan cualquier detrimento económico que se haya podido generar por la parte demandante, así como que no se puede predicar la imprescriptibilidad de aportes que no hacen parte de la pensión, como lo son los gastos de administración.

Por su parte, la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, a fin de que se absuelva de las condenas impuestas, en el entendido que en la sentencia no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos realizados entre la actora y Porvenir, actos que tienen efectos inter partes, por lo que la entidad no debe ser ni beneficiada, ni perjudicada con la decisión, por lo que no se debe condenar a recibir a la actora en el RPM, ya que con esta se afecta el equilibrio financiero de pensiones establecido en artículo 48 de la Constitución Política y el artículo 1° del A.L. 01 de 2005, pues debe tenerse en cuenta el impacto BIP y la reserva pensional que se afecta de forma excesiva con las declaratorias de ineficacia, pues la falta al deber de información no genera graves consecuencias, pero sí a Colpensiones, pues con el regreso al RPM, existe un eventual reconocimiento del derecho pensional. Ahora bien, el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, consagra la prohibición de traslado cuando le falten menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, en la que se encuentra la demandante, más aún, cuando las sentencia SL 17595 de 2017, SL 4989 de 2019 y SL 4121 de 2019, establecen que hay lugar a reintegrar totalidad de

cotizaciones de los recursos de la cuenta, los recursos de la cuenta de pensión de garantía mínima, la tercera rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje de seguros previsionales y gastos de administración, por lo que al confirmarse la decisión se page los perjuicios económicos, en atención a la teoría del derecho civil y no un tercero como ocurre con Colpensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas

implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas[1], posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se

---

[1] *"(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)".

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

encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*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 lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos

de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas

cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Así mismo, se debe precisar, que no existe la doble condena que aduce la apoderada de la demandada Porvenir al ordenarse la indexación de los conceptos, junto con los rendimientos financieros, ya que si bien tales rendimientos generan un aumento en el dinero, también lo es, que los gastos de administración y seguros previsionales, así como las cotizaciones efectuadas por la demandante fueron realizadas en un intervalo de tiempo bastante amplio y por ello, debe actualizarse el monto de las mismas.

Ahora, en lo atinente con que el estatuto del consumidor financiero impone obligaciones a quienes se suscriben al mismo, tales como el conocimiento de las normas en las que se fundan sus actos y contratos, debe resaltarse que si bien tal postura es cierta, tampoco se puede pasar por alto, que quien tiene el conocimiento de régimen pensional que administra no es otra que la administradora de pensiones, pues el afiliado tiene como único fin, la obtención de un derecho pensional, sin importar las variables del mismo, situación que no se puede desconocer bajo el argumento de la demandada, más aún, cuando el mismo estatuto estableció el deber del buen consejo respecto de los consumidores del sistema financiero desde su creación.

En lo que tiene que ver con la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, si bien la misma impide efectuar el traslado cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por vejez, también lo es, que al declararse la ineficacia de la afiliación, es como si la misma no se

hubiere generado y por tanto, la demandante no se encontraría inmersa en dicha imposibilidad de traslado.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva (SL 2059 de 2022).

Ahora bien, frente a las costas impuestas a Colpensiones, debe indicarse que dicha Entidad no intervino en el acto de traslado, sino simplemente fue vinculada al litigio, por ser la administradora de pensiones que debe acoger a la demandante, por lo que bajo tal supuesto, no puede entenderse como parte vencida en el proceso de conformidad con lo expuesto en el artículo 366 del C.G.P., por lo que no es posible imponer condena en costas en su contra y por tal motivo, se revocará la decisión de primer grado en tal sentido.

De igual forma, debe resaltarse que la demandada Colpensiones en su recurso de apelación solicitó condenar en perjuicios a la administradora privada, ante el eventual reconocimiento de un derecho pensional en cabeza de la demandante, sin embargo, tal petición no se puede acoger por esta Sala de Decisión, en el entendido que tal situación no fue solicitada, ni debatida al interior del proceso, ni en la demanda primigenia, ni mediante una demanda de reconvención que hubiere elevado la Entidad respecto de Porvenir S.A.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una

nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: **ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral QUINTO de la sentencia proferida, en el sentido de absolver de la condena en costas a Colpensiones, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **CUARTO:**

COSTAS de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000, de conformidad con las motivaciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-036-2015-01009-01. Proceso Ordinario de Deivid Darío Vélez Oviedo contra Helpcom S.A.S. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de marzo de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo indefinido por el período comprendido entre el 1° de julio de 2009 y el 16 de enero de 2013, el que fue finalizado de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y que como consecuencia de las anteriores, se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación de vacaciones, horas extras en cantidad de 144

horas, trabajo en días dominicales y festivos por un total de 241 días, la sanción de la no consignación del auxilio de las cesantías, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria y la costas del proceso.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que el demandante laboró al servicio de la demandada por el período comprendido entre el 1° de julio de 2009 y el 16 de enero de 2013, contrato que primero surgió de forma verbal entre el 1° de julio de 2009 y el 28 de febrero de 2011 y a partir del 1° de marzo de 2011 se celebró contrato de trabajo a término indefinido, siendo contratado para desempeñar el cargo de técnico de campo, el que consistía en el mantenimiento e instalación de redes satelitales, realizando las labores donde le fuera indicado; que la demandada le ordenó al actor prestar sus servicios donde le informaran los contratantes ANDITEL S.A., BT y GILLAT; que en el año 2009 y en atención a lo anterior, se puso en contacto con la sociedad BT LATAN para desempeñar las funciones en el sistema COMPARTEL; que desde el año 2010 y hasta el 16 de enero de 2013 ejecutó las funciones por orden de su empleador en favor de ANDITEL S.A.; que el actor percibió como salario la suma de $600.000 por el período comprendido entre el 1° de julio y el 31 de agosto de 2009, el monto de $700.000 por el interregno comprendido entre el 1° de septiembre de 2009 y el 31 de diciembre de 2011 y finalmente la suma de $800.000 por el lapso comprendido entre el 1° de enero de 2012 y el 16 de enero de 2013; que la demandada pagaba de forma diaria como viáticos de manutención y alojamiento la suma de $40.000 diarios y $100.000 diarios para gastos de desplazamiento, sumas confirmadas mediante correos electrónicos desde el año 2009 y hasta el 16 de enero de 2013; que el horario de trabajo era de lunes a sábado de 7 a.m. a 1 p.m. y de 2 p.m. a 10 p.m. y domingos y festivos de 7:00 a.m. a 3:00 p.m., laborando todos los días domingos y festivos, valor que nunca

le fue reconocido al trabajador; que el actor durante la vigencia de la relación laboral no le fueron reconocidas ni pagadas las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, así como tampoco disfrutó ni descanso las vacaciones, al igual que tampoco estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social Integral hasta el 28 de febrero de 2011, ya que a partir del 1° de marzo de la misma anualidad, fue afiliado en debida forma; que en el año 2009 prestó sus servicios en los departamentos de Tolima, Huila y Antioquia, en el 2010 en Casanare, Arauca, Antioquia, Caldas, Quindío, Risaralda y Chocó, en 2011 en los departamentos de Santander, Antioquia y el Eje Cafetero, y finalmente para 2012 en Santander, Eje Cafetero, Putumayo y Tolima.

Así mismo, indicó que recibió órdenes de Soledad Gómez, Juan Gabriel Wilches, Lucy Gómez y Carlos Valencia, quienes desempeñaron los cargos de Coordinadora y efectuaba el pago de salarios y viáticos, director de proyectos, gerente y representante legal y coordinador, respectivamente; que los salarios y viáticos eran girados directamente de la cuenta de Bancolombia de la demandada, no obstante, en el mes de septiembre de 2011 no le fue consignado la suma de $450.000, situación que se dio de igual forma en el mes de octubre de 2011, cuando se debía consignar la suma de $300.000; que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral el 16 de enero de 2013; que el actor solicitó explicación de la terminación del contrato de trabajo e informó que la empresa no prestó los medios de seguridad, higiene, así como curso y capacitación en alturas, petición elevada el 17 de enero de 2013; que la demanda se presentó de forma inicial en el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, la que fue admitida y corrió el traslado a la encartada, quien propuso la excepción de falta de competencia, decisión que fue revocada ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial

de Ibagué, mediante la cual ordenó la remisión de las diligencias la ciudad de Bogotá

La *aquo* declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido por el período comprendido entre el 31 de octubre de 2009 y el 16 de enero de 2013, condenando al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones compensadas, primas de servicio, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido sin justa causa e intereses moratorios a partir del 16 de enero de 2013 y hasta cuando se verifique su pago, declarando parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 1° de diciembre de 2012. Lo anterior, por cuanto se acreditó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido y como no se acreditaba el pago de prestaciones sociales, impuso las condenas respectivas. Absolvió a la demandada respecto del pago de los viáticos reclamados, en el entendido que los medios probatorios eran mensajes de datos y por ello, deberían tener certificación de las personas que remitían y de quienes recepcionaban los mismos.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia recurrida, en el sentido que no se tuvo en cuenta como factor salarial el pago de viáticos, teniendo en cuenta que el artículo 247 del C.G.P. establece que los mensajes de datos deben tenerse en cuenta así sea como prueba documental, situación a la que se hace referencia, pues dicho extremo nunca solicitó tenerlos como documento digital, enfatizando que la reproducción de los correos se hizo con ocasión del hecho 5° de la demanda, más aún, cuando la terminación del contrato de trabajo se realiza en un documento con membrete de la empresa, que quien la suscribe es la señora Lucy Gómez y en la misma se indica en la parte

final el correo de la demandada, correos electrónicos que se remitieron de la misma dirección informada en la carta de terminación, se indica la fecha en la que se imprime el documento y la fecha de envío del mismo, menciona un IP, quien es remitente y la lo recibe, por lo que los documentos deben ser valorados y determinados como viáticos permanentes, excluyendo los que se denominen como gastos de transporte y de administración, teniendo todos los demás como viáticos para hospedaje y manutención.

Así mismo, interpuso recurso de apelación en lo atinente con la declaratoria de prescripción, pues a folio 86 reposa impresión de la página de la rama judicial, en la que consta que el demandante inició proceso contra la demandada en el distrito Judicial de Ibagué, decisión proceso que fue admitido, notificado el demandado, no obstante, se trasladaron las diligencias la ciudad de Bogotá el 16 de julio de 2014, sin embargo, la parte actora no puede asumir la culpa frente a la pérdida del mismo por la oficina de reparto en Bogotá, por lo que se debe tener en cuenta dicha impresión, pues en la misma dice que la demanda se radicó el 2 de agosto de 2013, sin que se pueda saber lo sucedido con las diligencias una vez se obedeció y cumplió la decisión de remisión del expediente por competencia, situación en la que no interviene el apoderado, por lo que se debe tener como interrumpida la prescripción el 2 de agosto de 2013, fundamentos por los cuales se debe revocar la decisión de primer grado en tal sentido.

Finalmente, también mostró inconformidad, frente a la absolución del pago de horas extras y trabajo dominical y festivo, ya que como lo dijo la aquo, el testimonio del señor Jorge Sastoque es coherente y sincero, quien manifestó en su declaración que trabajaban 24/7 en la instalación y desinstalación, de lo que se puede concluir que nunca tuvieron descanso,

motivo por el cual renunció el trabajador, aunado, con que se indicaron con el calendario oficial las fechas de descanso en días festivos, así como, el propio testigo no dijo que devengaban 3 o 4 millones mensuales, sino que se le pagaban $1.500.000 de viáticos y el restante era por el concepto de transporte.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia lo atinente con la existencia de la relación laboral, los extremos temporales de la misma y que el vínculo finalizó de forma unilateral y sin justa causa por el empleador; los problemas jurídicos a resolver en esta instancia se circunscriben en determinar si los viáticos que aduce el demandante deben ser tenidos en cuenta como salario y en caso de encontrarse acreditado dicho presupuesto, determinar el monto de la reliquidación de prestaciones sociales y compensación de vacaciones; así mismo, determinar si es procedente el pago de horas extras y trabajo en días dominicales y festivos, al igual, que si se debe declarar probada la excepción de prescripción.

Planteado los problemas jurídicos mencionados, se hace necesario traer a estudio lo dispuesto en el artículo 130 del C.S.T., que regula lo atinente a los viáticos dentro de la relación, así.

*"**ARTICULO 130. VIATICOS.** <Artículo modificado por el artículo 17 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>*

1. Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación.

2. Siempre que se paguen debe especificarse el valor de cada uno de estos conceptos.

3. Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso. Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente.".

Atendiendo la norma, la misma dispone que para tener en cuenta los viáticos como factor constitutivo de salario, a parte de su habitualidad, que los mismos, estén destinados a manutención y alojamiento, ya que los reservados al transporte y gastos de representación no se pueden tener en cuenta, para lo cual se deberá especificar el monto de cada concepto, aclarando la norma, que no son salario cuando se otorgan de forma extraordinaria o no habitual.

Ahora bien, aduce la parte actora que si bien se aportaron los comprobantes de dichos viáticos con la impresión del correo electrónico, también lo es, que la negativa del juez se fundó en que eran mensajes de datos y por ello debían cumplir ciertas particularidades, no obstante, la misma norma permite tenerlos como medio de prueba documental, para lo cual debemos traer a estudio lo dispuesto en el artículo 2478 del C.G.P., aplicable por analogía al procedimiento laboral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que dispone:

*"**ARTÍCULO 247. VALORACIÓN DE MENSAJES DE DATOS.** Serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados*

en el mismo formato en que fueron generados, enviados, o recibidos, o en algún otro formato que lo reproduzca con exactitud.

La simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.".

La norma en mención, si bien establece que para la valoración de los mensajes de datos deben ser aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados o recibidos, también lo es, que en su inciso segundo establece que la impresión en papel de los mismos, generará la valoración como las mismas reglas de los documentos, por lo que en principio le asiste razón al apoderado de la parte actora, más aún, cuando la propia Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboras en sentencia con radicado No. 74778 del 2 de diciembre de 2019, M.P. Dr. Santander Rafael Brito Cuadrado, indicó al respecto:

"De allí que, para determinar sobre la validez de las copias simples de correos electrónicos, deben prevalecer los principios antes dichos, que en últimas buscan un efectivo acceso a la administración de justicia y que habilitan a la parte contra quien se opone, en uso del derecho a la igualdad, el debido proceso y derecho de defensa, tacharla de falsa, sea porque ese documento no es de su autoría o debido a la inexactitud de su contenido, situaciones estas que son única y exclusivamente de su competencia y que el Juez del Trabajo debe valorar, solución que también tiene en cuenta que las manifestaciones realizadas en los correos electrónicos, proceden de los actos propios de una persona natural o jurídica, para obligarse o realizar manifestaciones, quien está facultada, en el curso de un proceso, para rebatir su veracidad, situación está, relacionada con la buena fe, como coherencia de comportamiento y que, además, sigue los lineamientos que hoy en día sobre la materia, ha dispuesto el Código General del Proceso.".

En ese orden de ideas, las impresiones que se realicen de los mensajes de datos deberán ser debidamente valoradas, es especial, para encontrar la

verdad que se originó entre el vínculo que unió a las partes y en aplicación al principio de realidad sobre las formas, sin embargo, desde ya debe indicarse que dicha súplica no podrá salir avante.

Lo anterior, por cuanto en primer lugar se especificar con exactitud el monto por el cual se otorga cada concepto de los viáticos, no obstante, en el plenario una vez verificados los correos electrónicos, se encuentra que se encuentra que 12 de ellos hacen mención a *anticipos de viáticos y transporte*, 13 refieren a un concepto denominado como *auxilio de movilización* que más se puede apegar a un auxilio de transporte, 9 pertenecen a las descripciones de *transportes equipos y pasajero, anticipo viáticos y transporte equipos, anticipo viáticos y compra materiales, compra materiales* y *transporte*, 12 mencionan de forma simple el concepto de *anticipo viáticos* y los restantes 25 se identifican como *cuentas de cobro, cobros adicionales por servicios* y *saldo cuentas*, sin embargo, en los mencionados documentos no se menciona con especificidad el monto del transporte, la suma de los materiales, así como, el origen de las cuentas de cobro y cobros adicionales que se le cancelaban a favor del actor, por lo que bajo tal presupuesto, no sería procedente la condena reclamada.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que si bien el testigo señor Jorge Sastoque mencionó que en promedio percibían por concepto de viáticos la suma de $1.500.000, dicha suma no puede ser acogida, en el sentido que tal como se refirió según el dicho del actor, estableció un promedio de tal concepto, no obstante, con la simple afirmación del mencionado deponente no se suficiente para imponer la condena deprecada.

Así mismo, es menester señalar que 12 de los conceptos fueron denominados en el correo como *anticipo de viáticos*, por lo que no existe

certeza de la fecha de causación de los viáticos, pues su nombre lo denomina como un anticipo, ello quiere decir, que aún no se habrían causado los mismos, al igual, que 4 de ellos no se puede determinar con claridad la fecha y los restantes 8, fueron otorgados en un periodo no superior a tres meses, por lo que no se puede predicar la habitualidad que la norma menciona, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión absolutoria de primer grado.

TRABAJO EXTRA O SUPLEMENTARIO

Con respecto a esta súplica, de vieja data la jurisprudencia de la máxima Corporación del Trabajo, ha enseñado que "*...para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas...*" (Sentencia del 15 de julio de 2008, radicado No. 31637), por esa razón quien pretenda obtener su reconocimiento, o que se le reliquide las sumas que por este concepto fueron reconocidas, deberá probar en forma definitivamente clara que no admita dubitación alguna, el número de horas extras laboradas en sus diferentes modalidades, pues solo así se puede entrar a determinar el valor a pagar, o si el cancelado no se realizó correctamente.

En el asunto, considera la Sala que le asiste razón a la falladora de primer grado, en tanto absolvió a la encartada del reconocimiento y pago de las horas extras y el trabajo dominical y festivo, en el sentido que si bien el testigo adujo que debían tener unas disponibilidad de 24/7, también lo es,

que le mismo refirió que contaban con horarios flexibles en la prestación del servicio, lo que se extrae que no durante las 24 horas y siete días a la semanas se encontraban prestando el servicios, pues por el contrario, fue el mimo demandante quien en su escrito de demanda refirió los horarios de trabajo, lo que de por sí, acreditaría que no siempre se prestó el servicio.

Aunado a lo anterior, debe señalarse que la parte actora en su escrito de demanda informó la cantidad de días dominicales y festivos fueron laborados, ello conforme con el calendario oficial, sin embargo, tal situación no es suficiente para acreditar la prestación del servicio por parte del demandante en los mencionados dominicales y festivos, por lo que se ha de negar el pago de tales conceptos.

Finalmente, tampoco le asiste razón al recurrente en su solicitud de relacionada con la declaratoria de la excepción de prescripción, pues si bien se allegó al plenario copia de la consulta de procesos de la página web de la rama judicial, en cuyo radicado se advierte que el demandante fue demandante y la sociedad Helpcom S.A.S. demandada en los Juzgado Laborales del Circuito de Ibagué, el que fue remitido por competencia a los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, también lo es, que no hay certeza respecto de los derechos que se reclamaron en dicho litigio o que en efecto el mismo haya sido extraviado por la oficina judicial de reparto de esta ciudad, según lo aducido por el apoderado del demandante, argumento que en todo caso no sería suficiente para declarar la prescripción de forma anterior, pues para ello existen las acciones pertinentes, más aún, que el acta de reparto cuenta con dos fechas de reparto, una el día 22 de abril de 2015 y otra el 1° de diciembre de 2015, esta última aducido como *FECHA NUEVA PRESENTACIÓN*, por lo que

es la última data la que debe tenerse en cuenta para la declaratoria del efecto prescriptivo.

Hasta acá el análisis de la Sala. Costas de primera instancia a cargo de la parte demandada y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2020 00257 01. Proceso Ordinario Gloría María Moreno Padilla contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la AFP Porvenir S.A. incumplió su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa, y que como consecuencia de ello se declarar la ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; se condene a dicha administradora a trasladar a Colpensiones la totalidad del

capital de la cuenta de ahorros individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, y que así mismo se condena a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida y a recibir la totalidad de los valores que le sean trasladados por la AFP Porvenir S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que inició aporte en el régimen de prima media con prestación definida a través del ISS el 5 de junio 1986, en donde cotizó 504,29 semanas.

Indicó que el 5 de julio de 1997 suscribió formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. ante la información que le dieron en su lugar de trabajo en donde le indicaron que era necesario realizar dicho cambio; sin que la referida administradora a través de su asesor desplegara una actividad de asesoramiento responsable y transparente.

Afirmó en el mismo sentido que se le informó por parte de la AFP Porvenir S.A. la probabilidad que tendría de pensionarse en cada régimen, el monto en que podría pensionarse en estos mediante proyecciones objetivas, la posibilidad que tendría de regresar al régimen antes de los 47 años, las características esenciales del RAIS, entre otros aspectos que considera determinantes para haber tomado la decisión de trasladarse de régimen pensional.

Refiere que de acuerdo con liquidación efectuada por una la firma Yabar Liquidaciones, su ingreso base de cotizaciones era de $4'747.778,oo y de acuerdo con éste, el monto de pensión en Colpensiones sería de $3'266.265,oo

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones señaló que no se aportó prueba de

que se hubiera hecho incurrir en error a la demandante y que los documentos aportados se encuentran sujetos a derecho. Propuso en su defensa las excepciones errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por su parte indicó que el traslado de la demandante es completamente válido en cuanto se le brindó la información pertinente y necesaria, y que en todo caso la obligación de asesoría surgió en cabeza de las administradoras con ocasión a la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, el juez *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado 05 de julio de 1997, y como consecuencia de ello ordenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los gastos de administración y comisiones se hubieren descontados, estos últimos de forma indexados. Así m ismo ordenó a Colpensiones recibir sin solución de continuidad a la demandante y condenó en costas a los fondos demandados.

Inconformes con la anterior determinación el apoderado de Colpensiones y la apoderada de la AFP Porvenir S.A., interpusieron recursos de apelación , los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivos.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de Colpensiones aduce que existe una indebida interpretación del artículo 1604 del Código Civil, que quiebra la lógica de las cargas probatorias en el proceso, al hacer que la responsabilidad de los fondos se convierta en objetiva y no exigir al demandante la acreditación de algún vicio fuerza o dolo al momento de afiliarse, con mayor razón cuando los potenciales afiliados cuentan con el deber de asesorarse, en los términos del Decreto 2241 de 2010.

Por su parte la apoderada de la AFP Porvenir S.A. indicó que primer término que el precedente sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no se puede aplicar de manera homogénea a todas las situaciones, y en el asunto no se da la identidad fáctica, como quiera que la demandante se trasladó sin que existiera ninguna clase de presión o apremio y que además lo realizó de manera informada.

De otra parte, manifestó oponerse a la condena relativa a la devolución conjunta de los gastos de administración y los rendimientos financieros, en tanto no resulta coherente que se aplique los efectos de la ineficacia en unos sentidos y en otros no.

Agrega en el mismo sentido que la devolución de los rendimientos financieros pondría a la demandante en una posición diferente a la que se encontraría en caso de que hubiese permanecido en dicho régimen de prima media, al llegar con recursos que no se generarían en el referido régimen pensional; con mayor razón cuando en el caso de los gastos de administración, fue la propia la ley la que previó la realización de dichos descuentos y ordenar su entrega generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar a la AFP Porvenir S.A. el traslado de los gastos de administración, así como de las sumas destinadas al pago de las pólizas de seguros previsionales.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado del demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la

---

[1] "*En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es

posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Conviene precisar que la obligación a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones en relación con el deber de información, no se ve desdibujada, con los deberes del consumidor financiero, en tanto que el propio artículo 4° del Decreto 2241 de 2010 prevé que "*...toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.*" y en todo caso el conjunto normativo a que hacen alusión los recurrentes es posterior a la fecha de afiliación del accionante.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*"; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser

beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que como la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluidos los gastos de administración, los descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales, razón por la que se confirmará la determinación al que respecto acogió el servidor judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, "*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida*

enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social" lo que de contera, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que también se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Ahora en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hizo necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar la afiliada, a juicio de esta Sala no puede considerársele

sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., motivo por el que se revocará la condena impuesta en su contra por este concepto.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- REVOCAR la condena en costas impuestas en contra de Colpensiones.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-000 2021 00849 01. Proceso Sumario de Dora Santos Perdomo contra Cafesalud EPS S.A. en liquidación (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

DORA SANTOS DE PERDOMO convocó a CAFESALUD EPS para obtener el reconocimiento económico de los gastos en que incurrió para la práctica de procedimientos ordenados por su médico tratante.

HECHOS:

En lo que interesa al asunto adujo que desde el mes de diciembre de 2016 le fue diagnosticada la enfermedad de "*LINFOMA NO HODGKIN DE CÉLULAS GRANDES (DIFUSAS)*".

Afirmó que a inicios del mes de febrero <<no especifica año>>el médico Hemato-oncólogo le informó que debía realizarse un examen de "*Tomografía axial computada de abdomen y pielograf 76% frasco por 50 ml // Tomografía axial*

computada de tórax ultravist 300bt 1x50ml lat." Pero que al dirigirse a la EPS para la correspondiente autorización le indicaron que no había convenio con Medilaser, y que tan pronto lo hubiera le informaban, para lo cual suministró sus datos personales, sin que a la fecha de interposición de la acción se hubieren comunicado.

Señaló que debido a la importancia del examen y al no recibir atención tuvo que practicarse los exámenes de forma particular en la Unidad Diagnósticas Especializadas SAS –UNIDIAG-; y luego de este el médico tratante el 8 de mayo de 2017 autorizó la realización de Polimioterapia de Alto Riesgo, documentos que fueron remitidos directamente a la EPS por la Red Prestadora el 9 de mayo de 2017.

Refirió que estuvo preguntando en la EPS por el proceso integral, pero que allí se le indicó que se encontraba n proceso de gestión y únicamente hacía falta pago o anticipo para que la IPS <<Liga contra el Cáncer – Seccional Huila>> realizara el procedimiento y tratamientos que se requieran; razón por la que junto con su familia optó por adquirir un crédito con entidad bancaria para cancelar los servicios de manera particular

Adujo que ha asumido el pago de la suma de $876.000,oo por la "*Tomografía axial computada de abdomen*" realizada el 27 de febrero de 2017 y $6'625.803,oo correspondientes a un procedimiento de quimioterapia, y que El 7 de julio de 2017 presentó a la accionada la respectiva cuenta de cobro, sin que a la fecha de presentación de la acción se hubiere efectuado desembolso alguno.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 30 de julio de 2018, en

contra de CAFESALUD EPS. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó reembolso por valor de $6'625.803,oo aprobado en su totalidad, reembolso por valor de $876.000, oo negado, caso del paciente no es una urgencia vital y los recursos de la salud tienen una destinación específica.

La Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación profirió sentencia el 13 de febrero de 2020, en la que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y ordenó a la accionada el reconocimiento y pago de la suma de $6'625.803,oo de conformidad con el proceso de liquidación forzosa fijado en el Decreto 2555 de 2010.

Para arribar a la anterior determinación adujo en esencia que a pesar de que la accionada había expedido autorización de servicios no garantizó el acceso efectivo del servicio de Poliquimioterapia primer ciclo, lo que obligó a la accionante a asumir el costo correspondiente en la misma IPS autorizada; lo que no ocurrió frente al examen diagnóstico "*Tomografías de Tórax y Abdomen*" dado que este había sido autorizado oportunamente

Inconforme con la anterior decisión, la demandada EPS Cafesalud interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Solicita el apoderado de la EPS Cafesalud, se ordene a la demandante hacerse parte del proceso liquidatorio radicando la acreencia de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010

Indicó que que mediante la Resolución 007122 del 22 de julio de 2019 se ordenó su liquidación, y que en tanto el proceso liquidatorio es un procedimiento

reglado, especial y preferente, en el que debe prevalecer el principio de igualdad entre los acreedores, debe ordenarse a la demandante hacerse parte del mismo.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, así como se recuerda que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de este presupuesto legal, abordará el estudio de la alzada.

Ahora bien, de acuerdo con lo establecido en el artículo 66A del C.P.T y S.S., de acuerdo con los argumentos expuestos en los recursos de apelación, el análisis de la Sala se circunscribe al estudio de las inconformidades planteadas en los escritos de interposición de los recursos, atendiendo las razones de disenso expuestas en la sustentación por los recurrentes, ya que todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones ha sido aceptado.

En esas condiciones, corresponde tener en cuenta que, al no haber sido objeto de inconformidad las conclusiones relativas al derecho que le asiste a la accionante al reconocimiento del reembolso correspondiente el procedimiento de Polquimioterapia primer ciclo por un valor de $6'625.803,oo. De manera que el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si se debe ordenar a la accionante acudir al trámite de liquidación de la entidad.

Al respecto, considera la Sala oportuno recordar que el objeto de la liquidación obligatoria es la satisfacción de los diversos créditos con un criterio de igualdad, en el sentido de que todos los titulares de un derecho puedan ser satisfechos con los bienes del deudor y a su vez, si es del caso, asumir ciertas pérdidas en razón de la crisis que afectó al empresario.

Pese a lo anterior, corresponde precisar que el presente trámite, es de naturaleza declarativa y como tal, en modo alguno se privilegia el derecho de la accionante respecto de los demás acreedores, como al parecer lo entiende el recurrente; tan es así que en el numeral 1° del artículo 9.1.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, expresamente estableció únicamente la prohibición de adelantar procesos de coacción coactiva y naturaleza ejecutiva, juicios en los que sí es posible advertir tal desequilibrio.

Bajo tal perspectiva, no resultan de recibo los argumentos expuestos por la EPS Cafesalud S.A. en liquidación en tanto que el reconocimiento del reembolso ordenado en modo alguno transgrede o afecta el trámite de su liquidación, y debido a que la forma en que la accionante haga efectiva tal determinación, no solo escapa al trámite del presente proceso, sino que se encuentra expresamente regulado en la ley. En todo caso, la *aquo* ordenó el reconocimiento y pago del referido concepto "*...de conformidad con el proceso de liquidación forzosa fijado por el Decreto 2555 de 2010*".

Los argumentos expuestos, considera la Sala, resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado. Costas en esta instancia a cargo de la recurrente.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE

BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, dentro del asunto de la referencia.

SEGUNDO.-. Costas en esta instancia a cargo de la accionada, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $300.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2020 00171 01. Proceso Ordinario Florelia Inés Cruz Mogollón contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Colfondos S.A.; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 1994 ante la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, de los traslados efectuados a la AFP Colfondos y la AFP Protección S.A.; se ordene a esta última retornarla junto con todos los

valores que hubiere recibido con los rendimientos que se hubieren causado y los gastos de administración al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y se ordene a esta última a recibirla y mantenerla sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 14 de noviembre de 1959 y estuvo afiliada a la Caja Pública de Previsión Social del Guaviare desde el 19 de abril de 1979 hasta el 10 de enero de 1995.

Afirmó que, para el mes de julio de 1994, cuando se encontraba trabajando para la Alcaldía de San José del Guaviare los asesores de Porvenir le presentaron el nuevo régimen de pensiones, ofreciéndole beneficios superiores a los que obtendría en el régimen de prima media con prestación definida al momento de pensionarse, pero sin indicarle lo requisitos y condiciones necesaria para pensionase en dicho régimen.

Refirió en el mismo sentido que los asesores no le pusieron de presente las diferencias entre uno y otro régimen pensional, las ventajas y desventajas o inconvenientes del régimen pensional al que se trasladaba, o el que más le convenia; entre otros aspectos.

Señaló que en el año 2001 los asesores de la AFP Colfondos S.A. y posteriormente en el año 2002 los asesores de la AFP ING, hoy Protección S.A., no le informaron las características, condiciones de acceso efectos y riesgos de cada régimen pensional, ni le dieron una asesoría singularizada y comparativa en cada régimen, ni le dieron consejo o sugerencia acerca de lo que más le convenía.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora de Fondo de Pensiones y

Cesantías Protección S.A.[1] sostuvo que el acto del traslado es existente y válido, y que se encuentra exento de cualquier vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Colpensiones por su parte indicó que dentro del expediente no obra prueba de que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de las AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C., descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., por su parte sostuvo que el traslado de la demandante fue voluntario y que brindó una asesoría profesional y completa, en la que brindó una información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías adujo que el traslado de la accionante fue producto de su decisión libre y voluntaria de pertenecer al RAIS, y que le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción, compensación y pago, entre otras.

---

[1] Cfr archivo "*07Contestación...*"

Frente a las súplicas de la demanda, el juez *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el 27 de julio de 1994 y las afiliaciones que se realizaron con posterioridad; ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante incluidos los rendimientos financieros, así mismo ordenó a las demandadas Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a trasladar los gastos de administración y comisiones que se le hubieran descontado de los aportes de la demandante debidamente indexados; demandadas estas últimas a las que adicionalmente condenó en costas.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones aduce en esencia *i)* que la ineficacia no le es oponible a su representada como tercero de buena fe, en tanto que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no se encontraba afiliada al ISS el momento en que la demandante se trasladó de régimen no se encontraba; *ii)* que la demandante se encuentra en la prohibición legal consagrada en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; *iii)* que no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento; *iv)* que de cara a la imposición de la carga de la prueba se debe tener en cuenta que el derecho a la información se materializó tan solo con ocasión a la expedición de la Ley 1748 de 214 y el Decreto 2071 de 2015, pues antes solo se exigía la suscripción del formulario de afiliación; *v)* que el deber de información a cargo de la AFP con que se produjo el traslado no exoneraba a la demandante del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de régimen pensional; *vi)* que se deben tener en

cuenta que la demandante es una persona capaz y los actos de relacionamiento que se dieron con los traslados horizontales; y, *vii)* que la declaración injustificada de un afiliado al RAIS al régimen de prima media afecta la sostenibilidad financiera del sistema del sistema general de pensiones.

Por su parte el apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoquen las condenas impuestas en contra de su representada, para lo cual sostuvo en primer término que el precedente sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no se puede aplicar de manera homogénea a todas las situaciones, y en el asunto no se da la identidad fáctica, como quiera que la demandante se trasladó sin que existiera ninguna clase de presión o apremio y que además lo realizó de manera informada.

Refirió que el traslado se efectuó de conformidad con la normatividad vigente para 1994 y que esta no les imponía el suministro de información en la forma como se argumentó en el fallo de primera instancia; y que independientemente de la información suministradas, las condiciones y características de cada régimen se encontraban establecidas en la Ley 100 de 1993, de manera que la demandante podía validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y que como consumidora financiera debía actuar con medida diligencia.

En relación con la condena relativa a los gastos de administración refiere que conforme con lo previsto en la ley, los mismos tienen una destinación específica, de manera que las sumas fueron debidamente invertidas y ya no se encuentran en poder de su representada; y que, de acuerdo con concepto emitido por la Superintendencia Financiera, su devolución resulta improcedente.

La apoderada de la AFP Protección S.A. refiere que no se le puede restar valor probatorio al formulario de afiliación, pues la información que se generaba se realizaba de manera verbal y era ese el requisito principal para la época conforme con lo señalado en los artículos 13 y 114 de la Ley 100 de 1993.

Añade que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 al encontrarse a menos de 10 años de pensionarse; y que de acuerdo con las obligaciones que le impone el estatuto financiero, debía cerciorarse sobre los productos o servicios, términos condiciones sobre el contrato que iba a suscribir.

Aduce que se debe tener en cuenta el criterio relativo a los actos de relacionamiento que se evidencian en las asesorías que recibió la demandante al momento de realizar sus traslados de manera horizontal, con la actualización de datos, cuando recibió los extractos; y que demuestran que la accionante participó activamente durante su tiempo de cotización al régimen de ahorro individual.

En relación con la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, refiere que durante el tiempo de afiliación su representada ha administrado y gestionado el dinero depositado en su cuenta de ahorro individual de la mejor manera, y que ello se constata con los rendimientos financieros generados; y que en tal sentido, de acuerdo con la figura de las restituciones mutuas debe entenderse que aunque se declare la ineficacia de la afiliación no se puede desconocer los frutos y mejoras del bien administrado; y que en tal sentido la devolución de dichos conceptos generaría un enriquecimiento sin causa.

Agrega que se encuentra imposibilitada para devolver los descuentos correspondientes a los seguros previsionales en la medida que no puede

recobrar dichos porcentajes a la correspondiente aseguradora y que en todo caso dicho descuento se encuentra prevista tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual.

Finalmente solicita se revoque la decisión de no imponer condena en costas en contra de Colpensiones, en tanto que también es una parte vencida en el proceso; y que no debe condenarse en costas a su representada debido a que actuó de buena fe y los preceptos legales vigentes para la época.

Finalmente, la apoderada de Colfondos S.A. se opuso a la condena relativa a la devolución indexada de los gastos de administración, dado que los rendimientos generados por su representada durante la afiliación fueron superiores a los que se pudieron haber generado en el régimen de prima media si la demandante hubiera permanecido en el mismo.

Agrega que la condena en tal sentido desconoce el principio de consonancia en consideración a que no fue solicitada en las pretensiones de la demanda o su contestación, ni se planteó en la fijación del litigio y comporta una violación del derecho de defensa y del debido proceso.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar a las AFP Porvenir S.A., Protección S.A. y Colfondos S.A. el traslado de los gastos de administración, así como de las sumas destinadas al pago de las pólizas de seguros previsionales.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado de la demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[2], posición que fue

---

[2] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la

---

que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que contrario a lo planteado por los recurrentes, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Conviene precisar que la obligación a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones en relación con el deber de información, no se ve desdibujada, con los deberes del consumidor financiero, en tanto que el propio artículo 4° del Decreto 2241 de 2010 prevé que "*...toda decisión por parte del consumidor financiero deberá contener la manifestación expresa de haber recibido la capacitación e información requerida para entender las consecuencias de la misma o en su defecto la manifestación de haberse negado a recibirla.*" y en todo caso el conjunto normativo a que hacen alusión los recurrentes es posterior a la fecha de afiliación del accionante.

Ahora, aun cuando las apoderadas de Colpensiones y la AFP Protección insisten en que los traslados horizontales entre administradoras del régimen de ahorro individual por parte de la demandante constituyen actos de relacionamiento con el que se perfecciona el acto ineficaz, de acuerdo con el criterio expuesto por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia; es del caso tener en cuenta que dicho criterio fue precisado por la Sala Permanente de la misma Corporación en la sentencia SL 1055 de 2022 en los siguientes términos:

> *"De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial."*

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo*

efecto al traslado"; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello los traslados posteriores dentro del mismo régimen, a efectos de disponer la afiliación ; y aun cuando para el momento en que la accionante se trasladó no se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales ello no es óbice para disponer su vinculación a COLPENSIONES, pues conforme lo prevé el propio artículo 271 de la Ley 100 de 1993, "*La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.*"; luego ha de entenderse que la afiliación a Colpensiones se produce en el marco de tal facultad.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que como la demandante actualmente se encuentra afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y así mismo, la AFP Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se encuentran obligadas a devolver las sumas que recibieron por concepto de gastos de administración, los descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales, razón por la que se confirmará la determinación al que respecto acogió el servidor judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, "*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*" lo que de contera, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite a la afiliada conservar los rendimientos causados.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que también se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si

bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es que, al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

En lo que respecta a la inconformidad planteada frente a la indexación, basta a la Sala indicar que la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado se ajusta al criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL5686 de 2021, motivo por el que será confirmada; sin que ningún efecto tenga la generación de rendimientos financieros, pues las sumas que se ordenan indexar no generaron ningún rendimiento al no hacer parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Ahora en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hizo necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar la afiliada, a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., como lo solicita la apoderada de la AFP Protección motivo por el que se confirmará la decisión acogida por el servidor judicial de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala, costas en esta instancia a cargo de las recurrentes AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y AFP Colfondos S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $900.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05 035 2019 00032 01. Proceso Ordinario de Blanca Lucila Palacios Sanabria contra Ministerio de Defensa Nacional (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de un contrato de trabajo desde el 1° de octubre de 1993 con la demandada; se condene a esta última al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación prevista en el Decreto 1214 de 1990, con el consecuente reconocimiento de las mesadas pensionales causadas desde que el derecho se hizo exigible, debidamente indexadas y los intereses de mora.

Dichas súplicas tienen respaldo en síntesis en que nació el 30 de mayo de 1966 y se vinculó al servicio del Batallón de Intendencia No 1 las Juanas del Ejército Nacional mediante contrato de trabajo verbal el 1° de octubre de 1993, en condición de trabajadora oficial como Operaria de la Planta de Sastrería.

Refiere que prestó servicios personales de forma continua e ininterrumpida bajo la continua subordinación del Ejército Nacional y que el 1° de junio de 1994 se le hizo firmar un contrato de trabajo a término fijo el cual finalizó el 31 de diciembre de la misma anualidad y que el 1° de enero de 1995 suscribió un nuevo contrato a término fijo que se ha venido prorrogando por periodos iguales hasta la fecha de presentación de la demanda.

Afirmó que el 13 de julio de 2015 elevó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa Nacional en el que solicitó el reconocimiento de ña pensión de jubilación prevista en el artículo 98 de Decreto 1214 de 1990, el cual fue negado mediante Oficio del 25 de abril de 2016 por parte del Subdirector de Personal del Ejército Nacional.

Una vez notificada la demandada guardó silencio, razón por la que mediante del 2 de diciembre de 2020[1] se dio por no contestada la demanda.

El *aquo* declaró la existencia de 23 contratos de trabajo entre la demandante y la demandada, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra. Para lo cual consideró que de las pruebas allegadas al proceso se establecía la existencia de los contratos de trabajo celebrados entre las partes, sin embargo, negó el reconocimiento del derecho pensional deprecado en tanto la demandante no ostentaba la condición de empleada pública, el cual es uno de los requisitos para su reconocimiento de acuerdo con lo previsto en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

[1] Cfr archivo "*04- 2019-00032-01 TIENE...*"

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la negativa al reconocimiento de la pensión de jubilación, para lo cual aduce en esencia que se dejó de tener en cuenta que en el artículo 140 del Decreto 1214 de 1990 norma en virtud de la cual le es aplicable a la demandante en condición de trabajadora oficial, lo previsto en el artículo 98 del mismo conjunto normativo en el que se encuentra prevista la pensión deprecada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, dejando en el acta un resumen de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a establecer, si es procedente ordenar a favor del demandante el pago de la pensión de jubilación prevista en el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que se estableció por parte del servidor judicial de primer grado y no fue objeto de inconformidad la existencia de múltiples contratos de trabajo que se ejecutaron entre el 1° de

octubre y el 31 de diciembre de 1993, y desde el 1° de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2015; circunstancia que por demás se establece de la certificación expedida por el Ejército Nacional el 18 de julio de 2016[2], y los desprendibles de nómina de los meses de octubre a diciembre de 1993[3].

De acuerdo con los anteriores supuestos y en el que interesa al asunto, dado que se propende por la aplicación de un régimen especial, considera la Sala oportuno remitirse a lo dispuesto en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el que en relación con las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, que en lo que interesa al asunto señala:

> *"ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas."* <<Resalta la Sala>>.

Del tenor literal de la norma en cita, dimana con meridiana claridad que el Legislador reconoció dentro de los denominados regímenes exceptuados al personal establecido en el Decreto 1214 de 1990, esto es, el Personal Civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional; no obstante, excluyó al personal que se vinculara a partir de su vigencia.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional en la sentencia C-1143 de 2004 expresó:

> *"...Es decir, mientras que todos los miembros de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional quedan excluidos total y definitivamente del régimen prestacional general, sin importar cuándo se vincularon a la institución, en*

---

[2] Cfr fls 13 y 14 archivo ibídem.
[3] Cfr fls 17 a 20 archivo ibídem

el caso del personal civil del Ministerio de Defensa y la Policía Nacional sólo se excluyó a aquellas personas que al momento de ser expedida la Ley 100 de 1993, se encontraban cobijados por el Decreto Ley 1214 de 1990.

(…)

... Ello se traduce en que los civiles que laboran para el servicio de esas entidades, vinculados con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 no cuentan con un régimen especial, sino que por el contrario, se encuentran sujetos a la normatividad general del régimen de seguridad social, aplicable a todos los servidores del Estado."

Bajo tal perspectiva y de cara al derecho pensional pretendido, advierte la Sala que no es procedente la aplicación del Decreto 1214 de 1990 a la demandante; dado el periodo de interrupción en la prestación del servicio entre el 31 de diciembre de 1993 y el 1° de junio de 1994; pues a partir de su nueva vinculación en esta última data ya había entrado en rigor la Ley 100 de 1993

En este mismo sentido advierte la Sala que si bien la demandante en un principio se vinculó al Ejército Nacional antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; no puede pasar desapercibido el hecho de que el artículo 98 del Decreto 1214 de 1990, exige para el reconocimiento de la pensión de jubilación en él contenida, la prestación de servicios continuos, y precisa al efecto qué se entiende por tiempo continuo "*…aquel que no haya tenido interrupciones superiores a quince (15) días corridos, excepto cuando se trate del servicio militar*".

En ese orden, dado que al tenor del precepto conforme con el cual se solicita el reconocimiento de la prestación de vejez, no es posible tener en cuente el tiempo de servicios anteriores al año 1994, esto es, del 1° de octubre al 31 de diciembre de 1993, y que la posterior vinculación se dio en vigencia de la Ley 100 de 1993; en los términos del artículo 279 de este

conjunto normativo, no resulta aplicable a la demandante el Decreto 1214 de 1990.

Los argumentos expuestos a juicio de la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pero por las razones anteriormente expuestas.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de marzo de 2022; pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO.- COSTAS a cargo de la demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de $200.000,oo

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 015 2021 00322 01. Proceso Ordinario Jorge Eugenio Perugache Martínez contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de la afiliación por medio de la cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad que administra la AFP Porvenir S.A., ante la falta al deber de información, y como consecuencia de ello nunca estuvo afiliado a dicho régimen; se condene a Colpensiones a aceptar su traslado de régimen pensional inscribiéndolo en el

régimen de prima media con prestación definida y se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones el valor total de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 14 de octubre de 1958 y efectuó aportes al Instituto de Seguros Sociales entre el 25 de mayo de 1987 y el 31 de octubre de 1994.

Señaló que desde el mes de noviembre de 1994 comenzó a efectuar cotizaciones a la AFP Porvenir S.A., en virtud de la afiliación a dicha administradora, a la AFP Colpatria en 1997 y su retorno a Porvenir S.A. en el año 2000.

Indicó que al momento de su traslado al RAIS fue persuadido por un asesor comercial de la AFP Porvenir S.A. sin que se le informara acerca de los efectos jurídicos que acarrearía dicha decisión para su futuro pensional, las posibles desventajas de su afiliación al RAIS.

Añade en el mismo sentido que nunca se detalló en términos sencillo y comprensibles la información necesaria que debía ser transmitida al momento de su afiliación y se le suministró información comparativa entre los dos regímenes.

Refirió que mediante proyección del 26 de marzo de 2021 la AFP Porvenir S.A. le informó que su mesada pensional sería de $1'687.500,oo a sus 62 años; lo que le llevó a darse cuenta que lo que le informaron al momento de su traslado era falso dado que en Colpensiones el monto de la prestación de vejez equivaldría $5'099.340,oo; y en consideración a ello radicó solicitud de ineficacia del traslado.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que siempre brindó al accionante información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones de la Ley 100 de 1993, y la vinculación de éste se dio de forma libre y espontánea. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, compensación e inexistencia de la obligación.

Por su parte Colpensiones adujo al efecto que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS y que es a este a quien le corresponde acreditar lo contrario. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, el juez *aquo* declaró la ineficacia del traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas de la cuenta de ahorro individual correspondiente, junto con los rendimientos financieros; entidad a la que le ordenó reactivar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiera trasladado; sin imponer condena en costas.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, el cuales fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

La apoderada de Colpensiones se opone parcialmente frente a la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pues a su juicio de acuerdo con el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte

Suprema de Justicia, frente a los efectos de la declaratoria de la ineficacia del traslado; en tanto que se debió ordenar el traslado de la totalidad de la cotización, dado que en virtud de tal declararía los referidos recursos debieron ingresar al régimen de prima media con prestación definida.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar a las AFP Porvenir S.A., el traslado de los gastos de administración, así como de las sumas destinadas al pago de las pólizas de seguros previsionales.

En tanto el servidor judicial de primer grado soportó la determinación de declarar la ineficacia del traslado, no solo en el incumplimiento al deber de información al momento del traslado; sino en la trasgresión a la prohibición establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 frente al término mínimo en que se debía realizar el traslado de régimen. De entrada considera la Sala

preciso señalar que en lo que respecta al asunto no comparte el último de los referidos criterios.

Lo anterior en tanto no fue objeto de discusión y se encuentra acreditado dentro del proceso, que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el accionante se encontraba afiliado al régimen de prima media con prestación definida y en ese sentido no le es aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 del mismo conjunto normativo, pues el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 estableció una excepción, de manera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, podían trasladarse de régimen sin ninguna restricción. Criterio que por demás se acompasa con el expuesto por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL-2259 de 2022, en donde sobre el particular indicó:

> *"...conviene precisar que los artículos 11 y 15 del Decreto 692 de 1994, previeron dos escenarios posibles: (i) para los afiliados que estuvieran vinculados al ISS al 31 de marzo de 1994, quienes podían continuar automáticamente suscritos a dicha entidad y cambiarse en cualquier tiempo; y (ii) para las personas que hubieran efectuado su selección inicial después de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, quienes solo podían trasladarse luego de transcurridos 3 años de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 de la mencionada normativa, término modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual se amplió a 5 años."*

Precisado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas

implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue

---

[1] *"En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que *la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que contrario a lo planteado por los recurrentes, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*"; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello los traslados posteriores dentro del mismo régimen, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia

únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que como el demandante actualmente continúa afiliado a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las sumas que recibió por concepto de gastos de administración, descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales, razón por la que se confirmará la que se adicionará determinación al que respecto acogió el servidor judicial de primer grado.

Ahora, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra, razón por la que también se adicionará la decisión de primer grado en este sentido.

De otra parte, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es que, al tratarse de la configuración y conformación del derecho

pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin condena en costas en la alzada, dada la prosperidad del recurso interpuesto y ante el conocimiento de la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de **ORDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A. devolver los gastos de administración, los descuentos destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales, durante el tiempo de afiliación de la demandante.

SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes que le fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida, pero de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado Salvo voto parcial

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 010 2019 00415 01. Proceso Ordinario Luz Dalia Caballero Rodríguez contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos frente a la sentencia proferida por Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de julio de 2022.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría, y que como consecuencia de ello se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de su cuenta de ahorro individual, incluidos los

rendimientos e intereses a que haya lugar, y a Colpensiones a activar su afiliación.

En subsidio de las pretensiones solicitó se declare la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante el incumplimiento de los deberes legales de información y asesoría por parte de Porvenir S.A. y que como consecuencia de ello se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 1° de febrero de 1967 y comenzó a cotizar al ISS a través de su empleador a partir del 11 de septiembre de 1986, en donde continuó cotizando hasta el 31 de agosto de 2004 y acumuló un total de 728 semanas.

Indicó que en octubre de 2004 fue persuadido por la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., para que se afiliara al régimen pensional por ella administrado sin informarle las implicaciones de trasladarse de régimen, las desventajas o riesgos de afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida y el monto que debía acumular en el régimen de ahorro individual para lograr pensionarse.

Expuso que en el mes de noviembre de 2018 la AFP Porvenir S.A. le puso en conocimiento que una simulación de su mesada pensional en la que le advirtió que su pensión equivaldría al salario mínimo mensual legal vigente a pesar de que cotizara hasta los 57 años edad; al cabo que de acuerdo con un análisis actuarial su mesada pensional a los 57 años de edad en el régimen de prima media con prestación definida sería de $2'324.777,oo

Una vez notificadas las entidades accionadas. Colpensiones dio respuesta a la demanda afirmó que a pesar de que desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de régimen de la demandante, se presume no solo que el mismo se efectuó en ejercicio del derecho a libre escogencia de régimen pensional, sino que el mismo es válido. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción y caducidad e inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir.

La Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se notificó y dio respuesta a la demanda a través de curador *ad litem*, quien indicó atenerse a lo que se probara dentro del proceso.

Frente a las súplicas de la demanda, la juez de primer grado declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y ordenó su retorno inmediato al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; y condenó a la AFP Porvenir S.A. a hacer entrega a Colpensiones dentro de los 15 días siguientes, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los rendimientos; y así mismo a devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima debidamente indexados.

Inconformes con la anterior determinación las demandadas interpusieron recurso de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. aduce que no comparte la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado relacionada

con la declaratoria de la ineficacia jurídica del traslado de la demandante y los efectos jurídicos que se le dio a la misma.

Señaló al efecto en primer término que de acuerdo con lo establecido en el artículo 9º del Código Civil establece una presunción legal conforme con la cual habiéndose promulgado una ley esta debe ser conocida por todos los habitantes; de manera que la accionante debía conocer las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones, tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el régimen de ahorro individual con solidaridad, por tratarse de normas de orden público.

Sostuvo que en caso de que no se revoque la decisión relativa a la declaratoria de ineficacia, subsidiariamente solicita se absuelva a su representada de la devolución de lo descontado por concepto de comisiones, gastos de administración, primas de seguro y fondo de garantía de pensión mínima; al ser conceptos que la ley autoriza descontar a tanto las AFP del RAIS como a Colpensiones.

Agregó en el mismo sentido que ordenar el traslado de los mismo a favor de Colpensiones generaría un enriquecimiento sin causa en la medida que no existe norma que disponga dicha devolución, para lo cual solicita se tenga en cuenta lo dispuesto en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 y que dichos conceptos no se encuentran destinados a la financiación del derecho pensional, motivo por el que además están sujetos al término prescriptivo.

Finalmente solicita que de confirmarse el traslado de las sumas de dinero diferentes a las que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, se compensen dichos valores con los rendimientos financieros que exceden los mínimos establecidos en la ley, debido a que los efectos de la ineficacia consisten en retrotraer todo al estado inicial y dichos rendimientos no se generan en el régimen de prima media.

Por su parte la apoderada de Colpensiones por su parte sostiene en esencia que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual se llevó a cabo de forma libre y voluntaria, en los términos en que lo prevé el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; y que en se advirtió la existencia de alguno de los vicios del consentimiento previstos en el 1508 del Código Civil.

Agregó que a la demandante se le suministró la información necesaria para realizar el traslado y además se encuentra inmersa en la imposibilidad de trasladarse de régimen conforme con lo que para el efecto establece el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Finalmente solicita se absuelva a su representada de la condena en costas, en razón a que ha actuado bajo el principio de buena fe.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el

traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones y de ser así, si es procedente ordenar a la AFP Porvenir el traslado de los gastos de administración.

En lo que respecta a la ineficacia de traslado de la demandante, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga[1], posición que fue

---

[1] "*En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, *no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario*

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e

---

de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacía los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

***En este orden, se tiene que** la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.".*

implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, conviene recordar a los recurrentes, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97, en concordancia con los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994.

Ahora bien, a pesar de que el artículo 9° del Código Civil prevé que "*[l]a ignorancia de las leyes no sirve de excusa.*", contrario a lo que sostiene el apoderado de la AFP Porvenir en la alzada ello no implica que deba conocer el sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, pues tal precepto lo que impone es un deber de obediencia a la ley, más no una

presunción de que conozca el contenido de todas las normas que existen, planteamiento que *perse* resulta inverosímil.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*"; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos y Pensiones Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que como la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos junto con los gastos de administración, descuentos destinados al Fondo de Garantía de

Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las primas de seguros previsionales.

Se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo; también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora, en lo que respecta a la procedencia de la compensación planteada por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., basta señalar que dicho medio exceptivo no fue planteado en la contestación de la demanda lo que impide a la Sala adentrase en su estudio conforme lo establece el artículo 282 del C.G.P.

En relación con la condena en costas impuesta en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hizo necesaria en la medida que es el actor del sistema de pensiones al que debe retornar la afiliada; a juicio de la Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., motivo por el que se revocará la condena impuesta en su contra por este concepto.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo exclusivamente de la demandada AFP Porvenir S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia la suma de $500.000,oo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-003-2020-00019-01. Proceso Ordinario de Carlos Mario Restrepo Molina contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, el 19 de julio de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia o nulidad de la afiliación y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales y rendimientos, ordenándose a la última entidad tenerla

como válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, condenando al reconocimiento y pago de los perjuicios morales que estimó en 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se declare inexistente el acto de afiliación y por consiguiente se impongan las demás condenas solicitadas para la nulidad o ineficacia.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 19 de mayo de 1960, laborando para diferentes entidades, afiliándose al Instituto de Seguros Sociales desde el año 1978 y hasta el año 1997; que el 9 de febrero de 1997 sin recibir la información adecuada, suscribió formulario de afiliación a Porvenir S.A., trasladándose al RAIS, sin embargo, el asesor no contaba con título de formación profesional o capacitación adecuada, por lo que no le informaron sobre los riesgos del traslado, que la prestación sería inferior a la que se reconocería en el RPM y que en el RAIS no podría obtener la pensión, pues no obtendría el capital necesario para tal fin, no le explicaron las modalidades de pensión, que la negociación del bono implicaría un sacrificio financiero importante, que tenía derecho a retractarse de la afiliación; que Porvenir realizó proyección pensional en la que se le informó que la mesada pensional a los 57 años sería por la suma de $7.286200 y a los 62 años por el monto de $13.794.200; que se presentó solicitudes ante Porvenir S.A. y Colpensiones en las que se solicitó la nulidad de la afiliación y el retorno al RPM el 24 de octubre de 2019, obteniendo respuesta negativa por parte de Colpensiones el 25 del mismo mes y año.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Porvenir S.A. y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, sin efectuar descuento alguno, sumas que deberían ser indexadas, disponiendo

que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y trasparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para que se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Frente a la falta del deber de información, señala que se acreditó que la demandada cumplió con el deber de información para el momento del traslado, esto es para el año 1997 dando la información de la afiliación, la que fue impuesta en el formulario, documento que no fue inventado por parte de la AFP para cautivar personas, sino que el formulario era aprobado por las entidades de vigilancia, hoy Superintendencia Financiera de Colombia, siendo el único documento para tener como válida la afiliación, que era diligenciado por el afiliado, por lo que al exigirle una prueba diferente para acreditar cumplir con sus obligaciones sería imposible y nadie está obligado a lo imposible; aunado, con que en el interrogatorio de parte se puede establecer que sí hubo una asesoría previa al demandante y que como se indicó en los alegatos, el demandante se contradice con lo dicho en la demanda, pues en el libelo genitor manifiesta que se dio información y en el interrogatorio que no se brindó la misma, así como, que para el año 1994 era

exigible el artículo 97 del decreto 663 del sistema financiero, siendo tal norma aplicable a los usuarios del servicio, lo que conllevaba que estuviera afiliado, además, al aplicarse los decretos del estatuto financiero, allí el afiliado es consumidor financiero, tiene deberes y cargas, y con el interrogatorio de parte se puede extraer que nunca se acercó para obtener información sobre su derecho pensional, probándose que el actor conocía la información que hoy afirma desconocer, situación que va de la mano con que el artículo 9° del C.C. afirma que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, principio general del derecho, por lo que una vez promulgada se entiende de conocimiento por todos los habitantes del territorio colombiano, por lo que la Ley 100 de 1993 creó el sistema de seguridad social, que a su vez creó dos sistemas pensionales excluyentes como el RPM y el RAIS, en la que se exponen todas las características, por lo que el demandante debía conocer la información, sin que se pueda aducir que Porvenir abusó de su poder dominante. En caso de confirmar la decisión, no se condene al pago de gastos de administración y primas de seguros, ya que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 también destina en el RPM un 3% para gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que tales sumas son objeto de prescripción y el juzgado se equivoca en tal concepto, pues no forman parte del derecho pensional, además, que el artículo 113 del mismo compendio indica que la devolución es respecto el capital, más los rendimientos, por lo que los gastos de administración pertenecen al fondo privado y no al afiliado, existiendo una falta de legitimación en la causa por activa y en segundo lugar, que no se podría imponer condena por facultades ultra y extra petita, pues tienen límites y son derechos del afiliado, y la mencionada devolución no es un derecho.

Finalmente, frente a la excepción de compensación presentada por la demandada, debe señalarse que si los efectos de la ineficacia es volver al estado anterior, como si nunca se hubiere efectuado el trasladado, la consecuencia lógica sería devolver cotizaciones, junto con los rendimientos

que se hubieren generado en el RPM, pero en el hipotético caso que se llegue a condenar a Porvenir en segunda instancia por concepto distinto a capital, más rendimientos, debe compensarse dichas condenas con los rendimientos generados en el régimen de ahorro individual y que exceden los que se generarían en el RPM, aunado, con que se ordena la devolución sin descuento alguno debidamente indexadas, generándose una doble condena, ello conforme con la decisión emitida por el Tribunal Superior de Cundinamarca M.P. José Alejandro Torres proceso 2021 – 111, en la que se indicó que al ordenarse la devolución de rendimientos financieros, los que incluyen frutos e intereses, el rubro de la indexación es improcedente.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, a fin de que se absuelva de las condenas impuestas, en especial en lo atinente con la condena en costas y la imposibilidad de recibir al actor en el RPM, ya que las negativas se han dado por una imposibilidad legal, consagrada en el artículo 2° de la ley 797 de 2003, frente a su proximidad de cumplir con el requisito de la edad para obtener la pensión de vejez. Aunado, con que el actor se trasladó de forma espontánea y libre, sin restringirse el consentimiento y manifestó su querer de pertenecer al RAIS por más de 20 años, por lo que la nulidad frente a un acto con objeto y causa lícita, debe atender a los artículos 1341, 1502, 508, 1604 y 1750 del C.C. situación que implica que el traslado se originó en el año 1997, teniendo como plazo máximo para presentar la acción rescisoria un término de cuatro años, esto es hasta febrero de 2001, por lo que no se acreditan los presupuestos para declarar la ineficacia, debiéndose modificar la decisión adoptada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se

remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas[1],

[1] *"(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que

---

instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)".

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

pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor

que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 "*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 lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura

extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Así mismo, se debe precisar, que no existe la doble condena que aduce la apoderada de la demandada Porvenir al ordenarse la indexación de los conceptos, junto con los rendimientos financieros, ya que si bien tales rendimientos generan un aumento en el dinero, también lo es, que los gastos de administración y seguros previsionales, así como las cotizaciones efectuadas por el demandante fueron realizadas en un intervalo de tiempo bastante amplio y por ello, debe actualizarse el monto de las mismas.

En lo que tiene que ver con la devolución de los rendimientos financieros conforme con los que se debieron generar en el RPM y no la devolución de los generados en el RAIS, debe precisarse, que dichos rendimientos no le corresponde a las administradoras privadas, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos, por lo que bajo tal supuesto, no se puede acoger la falta de legitimación en la causa por activa, así como tampoco, se podría dar aplicación a la excepción de compensación propuesta por la administradora privada; de igual forma, tampoco se encuentra acertada la conclusión de la demandada, en el sentido que aduce que la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales no son un derecho del afiliado, pues contrario a ello, dicho conceptos hacen parte integrante de la cotización mensual y por tanto le corresponden al afiliado.

En lo que tiene que ver con la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, si bien la misma impide efectuar el traslado cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por vejez, también lo es, que al declararse la ineficacia de la afiliación, es como si la misma no se hubiere generado y por tanto, el demandante no se encontraría inmersa en dicha imposibilidad de traslado.

Ahora bien, debe acogerse la solicitud elevada por el apoderado de la encartada Colpensiones, en el sentido que la Administradora Colombiana de Pensiones hizo oposición en las presentes diligencias con ocasión de la prohibición legal y no por capricho de la Entidad, pues debía actuar bajo los fundamentos de Ley, por lo que no es posible imponer condena en costas en su contra y por tal motivo, se revocará la decisión de primer grado en tal sentido.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por el actor, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral

QUINTO de la sentencia proferida, en el sentido de absolver de la condena en costas a Colpensiones, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **CUARTO: COSTAS** de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-008-2019-00508-01. Proceso Ordinario de Yaneth Vargas Sandoval contra la Universidad La Gran Colombia (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a partir del 3 de abril de 2008, que se renovó de forma en varios períodos, el que finalizó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador, el que se debe declarar ineficaz y como consecuencia de ello, se condene al reintegro de la trabajadora a partir del 19 de diciembre de 2016 a un cargo

de igual o superior categoría, ordenándose el pago de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, compensación de vacaciones, los aportes seguridad social en salud y pensiones, aportes de ARL, la indexación de las condenas y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó el pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del C.S.T., la indemnización moratoria contenida en el artículo 1° del decreto 797 de 1949, conceptos que deben ser debidamente indexados y las costas del proceso.

Como fundamento de las pretensiones señaló que las partes suscribieron contrato de trabajo a término fijo a partir del 3 de abril de 2008, por períodos académicos comprendidos hasta el 18 de diciembre de 2016, devengando un salario por la suma de $3.272.848, para desempeñar el cargo de docente investigador y docente de cátedra; que durante la prestación del servicio la actora fue calificada con notas satisfactorias que sobrepasaban el 4.0, ingresando al escalafón docente como profesora mediante resolución No 029 del 3 de agosto de 2009 e informándose el 11 de marzo de 2016 que su vinculación será como profesora de tiempo completo, con un salario de $3.272.848; que la Universidad la Gran Colombia y la Universidad Autónoma del Estado de Morelos suscribieron un convenio específico de cooperación académica, que consistía en realizar una investigación conjunta que finalizaría con la publicación de un libro con los resultados de la investigación, estableciéndose en la Cláusula Cuarta quienes eran los integrantes del equipo de investigación de la UGC, así como el compromiso de rendir informes semestrales acerca de la investigación; que la actora realizó actividades académicas y de investigación entre el 14 y el 20 de noviembre de 2016 en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, estableciéndose compromisos hasta el 20 de marzo de 2017.

Adujo, que dentro de los compromisos se pactó la elaboración de un artículo, la realización de conceptos esenciales, la entrega del desarrollo del capítulo y entrega del primero de ellos y entrega del primer borrador completo, entre otras, siendo este último para entregar el referido 20 de marzo de 2017; que hizo entrega del concepto del capítulo el 14 de enero de 2017, sin embargo, la actora recibió correo institucional por parte de la Secretaria Jessica Nuván Páez para que se acercara a la coordinación de docencia para informarle sobre una novedad en el horario, asignándole el grupo 65 en la jornada nocturna, para la asignatura de Seguridad Social; que se presentó a las 6:00 de la tarde en las instalaciones de la Universidad para dictar la cátedra, a la cual se presentaron 24 estudiantes, presentándose en el mismo salón el docente Pablo David Jiménez, quien le informó que se le asignó dicho grupo, por lo que el 25 de enero de 2017 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa; que presentó solicitud para que se le informara los motivos de la suspensión del contrato de trabajo y la fecha de reanudación del mismo el 26 de enero de 2017, obteniendo respuesta mediante oficio No 222-2017, en la que se le informó que el contrato no se suspendió, púes nunca se desarrolló; que el objetivo del convenio entre las universidades terminó con la publicación del libro *Trabajo de los Jóvenes Análisis desde el Trabajo decente en México y Colombia*, por lo que la vinculación con la demandante debió permanecer en el tiempo hasta la finalización del objeto del convenio.

La aquo negó la declaratoria de un solo contrato de trabajo, así como el reintegro y pago de salarios y prestaciones sociales reclamadas, en el entendido que el vínculo que unió a las partes fue bajo la modalidad contenida en el artículo 101 del C.S.T., que permite la vinculación de personal docente por el término que dure el período académico, sin que se pueda aducir un único contrato de trabajo, al igual, que el convenio entre

las Universidades permitía el cambio de los docentes investigadores, por lo que no era obligatoria la comparecencia de la demandante durante la investigación y publicación del libro. Así mismo, refirió que tampoco era procedente el pago de la indemnización por despido sin justa causa reclamada, ya que el vínculo feneció por la terminación del período académico, siendo innecesario el pre aviso o comunicación de la terminación del vínculo laboral, más aún, cuando en el interrogatorio de parte la demandante indicó que durante la vigencia de los contratos le fueron pagados los salarios, prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social integral.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia, en el sentido de que está acreditado que la demandada dio por terminado el contrato de trabajo con la demandante, por lo que al desconocerse tal supuesto, se estarían desconociendo los artículos 29 y 53 de la Constitución, al dar por demostrado sin estarlo que se acreditó el debido proceso, no se tuvo en cuenta la calidad de profesora investigadora de la demandante y cuyo vínculo debería mantenerse hasta que se publicara el resultado de la investigación, terminándose el contrato sin que mediara una justa causa, se enviara el pre aviso dentro del término de Ley, más aún, cuando le fue comunicada su continuidad en el período inmediatamente siguiente al año 2016, efectuándose actos de cumplimiento del contrato como si se hubiere renovado. Manifestó que el artículo 101 que fue tenido en cuenta es una norma supletiva, sin que en el caso bajo estudio se hubiese tenido en cuenta las estipulaciones de las partes y la realidad de la ejecución del contrato en el primer período del año 2017, por lo que se debe acceder al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si en efecto la terminación del contrato de trabajo se originó de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador y en dicho caso, establecer si hay lugar al reconocimiento y pago de la indemnización por despido.

De acuerdo con lo anterior, debe precisarse que la parte demandante no atacó la conclusión a la que arribó la falladora de primer grado, en el sentido de establecer que los vínculos laborales que surgieron entre las partes se originaron bajo la modalidad de los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, por lo que bajo tal supuesto, se debe establecer la forma como se debe terminar el vínculo que ata a las partes.

La parte actora adujo que la finalización del vínculo laboral se originó sin que mediara pre aviso o desahucio por parte de la demandada, situación que originaría el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Frente al pre aviso o desahucio que aduce la parte actora, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral se ha pronunciado en sentencia con radicado No. 47494 del 1° de agosto de 2018, M.P. Dr. Jorge Mauricio Burgos Ruiz, en la que se indicó:

> *"En otras palabras, la parte actora, como pretensiones subsidiarias a la declaración de un solo contrato de trabajo a término indefinido y a la*

indemnización por despido correspondiente a esta modalidad de vinculación, solicitó, en caso que el juez determinase que los contratos fueron a término fijo de un año, se les reconociese los salarios y prestaciones sociales del año de prórroga automática, con fundamento en el inciso 3 del artículo 64 del CST.

*El Tribunal en la sentencia impugnada arribó a la conclusión que la fundación suscribió varios contratos con cada accionante y que los contratos celebrados entre las partes fueron bajo la modalidad del artículo **101 del CST**, es decir, para el ad quem, estaba excluida la existencia del contrato a término fijo de un año. Por tal razón, encuentra la Sala que el ad quem no procedió a referirse expresamente a las pretensiones subsidiarias, objeto de disconformidad del recurrente. Es de recordar por la Sala que el contrato del artículo 101 del CST es una modalidad del contrato a término fijo, cuyo plazo está definido por el legislador y puede ser excepcionado por las partes. Por lo que el ad quem se equivocó al considerarlos excluyentes.*

...

Al margen de que el cargo fue presentado por la vía directa, de aceptarse que la parte actora apeló para el reconocimiento de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo a término fijo de un año, bajo el supuesto que había operado la prórroga automática, es de advertir por la Sala que esta clase de contrato no prevé el preaviso o el desahucio, de manera que el contrato finaliza por su propia virtud, sin que opere la prórroga automática.

Por tanto, no podía el juez de segundo grado declarar la prórroga automática. (...)".

Atendiendo el pronunciamiento de la alta Corporación, la misma ha establecido que no es necesario el preaviso o desahucio al momento de finalizar la relación laboral, pues el mismo termina por el cumplimiento del año lectivo, sin que se pueda aducir la existencia de la prórroga automática.

Así las cosas, se evidencia que en los contratos de trabajo suscrito entre las partes, se pactó que la relación laboral se regiría bajo los términos de los artículos 101 y 102 del C.S.T. y el artículo 106 de la Ley 30 de 1992, por lo que bajo tales supuestos, no era necesario ni efectuar preaviso o desahucio por parte del empleador para dar por finalizado el contrato de trabajo, ni que ante la falta de dicho documento, se entendiese prorrogado el contrato de trabajo por un término igual al pactado, a tal punto, que incluso por cada una de las relaciones laborales la Doctora Yaneth Vargas Sandoval firmó suscribió contratos de trabajo.

Aunado a lo anterior, si bien se aduce por la parte demandante que el vínculo no podía finalizar sino hasta el momento en que se terminara el convenio de cooperación académica suscrito entre la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y la Universidad la Gran Colombia, teniendo en cuenta que en l objetivo general se estableció la realización de un trabajo de investigación entre las instituciones de educación, con el fin de desarrollar un estudio de derecho comparado titulado *"Trabajo de los jóvenes; unas medición desde el trabajo decente. Estudio de derecho comparado México-Colombia"*, el que finalizaría con la publicación de un libro con los resultados obtenidos, sin embargo, en la cláusula décimo novena se pactó:

> *"**DÉCIMO NOVENA.- CAMBIO DE INVESTIGADOR**. En el evento que alguno de los investigadores se desvincule de su respectiva universidad, el tema lo asumirá la persona que designe la institución del titular de su Unidad Académica de adscripción siempre y cuando cumpla con las competencias y los requisitos de la investigación y sea aprobado por las partes.".*

Así las cosas, no era necesario la intervención exclusiva de la hoy demandante en el convenio suscrito entre las Instituciones educativas, a tal

punto, que se permitía el cambio de los docentes investigadores por parte de la universidad a la cual se encontraba adscrito, teniendo como único requisito, que el nuevo investigador fuere aprobado por las partes.

Así mismo, es menester advertir que si bien se pactaron algunos compromisos entre las universidades, así como obra correo electrónico en el que la hoy actora envía un informe mediante correo electrónico a la dirección emilce.garzon@ugc.edu.co, no se advierte las órdenes impartidas por el empleador al respecto, situación que recae en igual forma, respecto del registro de asistencia de estudiantes de fecha 25 de enero de 2017, sin embargo, no cuenta con suscripción alguna de parte de la demandada, pues cuenta con el logo y nombre de la universidad, más no con un recibido por parte de la misma.

Finalmente, debe señalarse que fue aportado al plenario copia de un correo electrónico con el cual adujo la demandante se modificaba su la novedad en el horario para el período académico 2017 – 1, del mismo documento no se puede extraer que dicho cambio de horario se extendiese también a la Doctora Vargas Sandoval, púes el nombre de la misma no aparece registrado dentro de las personas a las cuales se les remitía dicha información; fundamentos por los cuales se debe confirmar la decisión absolutoria.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en la segunda instancia, las costas de primer grado se encuentran a cargo de la demandante.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero de 2020 por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. **COSTAS** de primera instancia estarán a cargo de la parte actora y sin ellas en la alzada. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**.

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., Treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31 05 008 2018 00498 01. Proceso Ordinario de Manuel Antonio Ferro Rodríguez contra Conjunto Residencial los Alcaparros de Sauzalito –Propiedad Horizontal (Consulta).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA,** resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, frente a la sentencia proferida por Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo con la demandada por el periodo comprendido entre el 6 de junio de 2011 y el 30 de noviembre de 2015 y que no se le canceló la liquidación del mismo a su finalización; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones, así como la indemnización moratoria.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que el 6 de junio de 2011 fue contratado por la demandada mediante contrato prestación de servicios técnicos con una asignación salarial de $1'500.000,oo, contrato que fue renovado el 1° de junio de 2015 mediante la suscripción de un nuevo contrato de prestación de servicios de administración de propiedad horizontal en el que se acordó como contraprestación por sus servicios la suma de $1'900.000,oo.

Indicó que la demandada a través de su Consejo de Administración le exigió el cumplimiento de un horario de 8:30 am a 12:30 pm y de 2:00 pm a 5:30 pm.

Y que el 10 de noviembre de 2015 el Presidente del Consejo de Administración le remitió carta en la que le informó acerca de la terminación de su contrato a partir del día 30 del mismo mes y año.

Una vez notificada, la demandada al contestar la demanda[1] se opuso a todas las pretensiones, para lo cual adujo en su defensa que el demandante no estuvo vinculado laboralmente y que las actividades que desarrolló como Administrador del Conjunto las cumplió de forma autónoma e independiente e virtud de la suscripción de dos contratos de prestación de servicios. Propuso en su defensa las excepciones de falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación pretendida, prescripción, compensación, pago, entre otras.

El Despacho Judicial de primer grado, absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que entre las partes no existió un contrato de trabajo; pues a pesar de que su existencia se presumía en virtud

[1] Cfr fls 34 a 60 del expediente físico.

de lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T., dicha presunción había sido desvirtuada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto que la parte actora no recurso de apelación y la decisión de primer grado le fue adversa a sus intereses en condición de trabajadora, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.S.T., se dispuso asumir el conocimiento de la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES

En virtud del trámite del grado jurisdiccional de consulta corresponde a la Sala determinar si las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de trabajo y de ser así, si la demandada se encuentra obligada al pago de las acreencias laborales reclamadas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.[2] basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

En el asunto la demandada si bien acepta que el accionante prestó servicios personales en su favor, aduce que los mismo se dieron en el marco de una relación de carácter civil el cual ejecutó de forma autónoma, independiente y autogestionaria.

En tal sentido se tiene que ante la ausencia de discusión en relación con la prestación de los servicios personales por parte del demandante en favor de la demandada, en aplicación de la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T. se presume que los servicios prestados por el accionante estuvieron regidos por un contrato de trabajo; sin embargo, tal como lo señaló la servidora judicial de primer grado, de un análisis conjunto de los medios de convicción allegados y practicados dentro del proceso se tiene que la referida presunción fue desvirtuada, al acreditarse que el demandante en la ejecución de sus actividades contaba con plena autonomía e independencia y sin sujeción a un horario.

Lo anterior en cuanto, se tiene que al proceso se allegaron dos contratos de prestación de servicios los cuales tenían por objeto la administración, mantenimiento y conservación del Conjunto Residencial de los Alcaparros

[2] Subrogado por el artículo 2° de la Ley 50 de 1990.

de Sauzalito[3], así como las cuentas de cobro presentadas por el accionante a la demandada para el reconocimiento de honorarios[4], documental que si bien por si sola no es suficiente para derruir la presunción prevista en el artículo 24 del C.S.T.; puesto que independientemente del rótulo que se le dé al contrato que estas suscriben, lo que resulta determinante es lo que sucede en el campo de los hechos; lo cierto es que al analizar dicha documental con las declaraciones vertidas dentro del proceso dimana con meridiana claridad que el vínculo que unió a las partes lo fue de carácter civil.

En efecto, afirman los deponentes Álvaro Diab, Manuel Enrique Morales, Pedro Felipe Fernández, Fernando Galindo Moreno y Jorge Eliecer Suaza Prieto; en calidad de residentes y miembros en diferentes periodos del Consejo de Administración, fueron claros, enfáticos y coincidentes en señalar que el accionante en ejecución de las actividades que tenía administrador del Conjunto Residencial, no tenía exclusividad, no se encontraba sujeto a un horario, no pedía permisos para ausentarse y tampoco se le impartieron ordenes de ninguna naturaleza; refirieron que si bien en el conjunto existe una oficina para la atención a residentes y propietarios, el horario para atender a los copropietarios lo establecía el propio administrador y para ello contaban con una Asistente o Secretaria.

De manera más precisa el deponente Fernando Galindo refirió que constantemente salía con el demandante a tomar un café en una cafetería cercana al Conjunto y que allí podían demorarse entre una y hasta dos horas dialogando, sin que el accionante pidiera permiso, y que en virtud ello conoció muchos aspectos de la vida personal de él.

Ahora, aun cuando la deponente Sindy Pachón Roa, quien fue Asistente del demandante por espacio de un año y medio aproximadamente, refirió que éste

[3] Cfr fls 7 a 15 del expediente físico
[4] Cfr fls 100 a 122 ibidem.

cumplía un horario, que prácticamente solo se ausentaba para revisar unos procesos y que en algunas oportunidades uno de los miembros del Consejo pasaba a preguntarlo y cuestionaba el hecho de que no llegaba temprano; reconoció que desconocía si por esa situación se le realizaban a él llamados de atención; agregó que ella en ejecución de sus funciones de asistente atendía a los residentes y propietarios principalmente para la radicación de documentos y la expedición de estados de cuenta; y si bien refirió que el accionante debía solicitar permisos para ausentarse, lo cierto es que esta última apreciación se contrapone a lo indicado por el propio demandante al absolver interrogatorio de parte, quien si bien señaló que debía cumplir un horario, reconoció que no se encontraba obligado a solicitar permisos para ausentarse de la oficina y que contaba con libertad de disponer de su tiempo.

En tal sentido, tal como se indicó en precedencia, a juicio de la Sala se desvirtuó la existencia del contrato de trabajo al establecerse que el accionante no prestaba sus servicios en forma subordinada, elemento propio e identificar de la relación laboral.

Los argumentos expuestos a juicio de la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Dado que el conocimiento de la decisión de primera instancia se asumió en el grado jurisdiccional de consulta, no se impondrá condena en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad el 2 de febrero de 2021. Sin **COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2021-00353-01. Proceso Ordinario de Luz Marina Gómez Hernández contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de agosto de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, respecto de los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. efectuada en el mes de febrero de 2005 y como consecuencia de la anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con

motivo de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de aseguradora, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, ordenándose a la última entidad tenerla como válidamente afiliada al RPM, actualizando su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 19 de septiembre de 1961, por lo que cuenta con 59 años, afiliándose en pensiones a partir del 7 de septiembre de 1989, cotizando al RPM un total de 497 semanas; que en el mes de febrero fue persuadida por parte de un asesor de Porvenir para que se trasladara a dicha administradora, situación que se materializó, cotizando un total de 1290 semanas en el Sistema General de Pensiones, de las cuales 793 pertenecen a las cotizaciones efectuadas a Porvenir; que elevó petición de traslado ante Porvenir el 4 de junio de 2021, así como, peticionó se efectuara proyección de la mesada pensional, se suministrara los documentos soporte de la información brindada al momento del traslado, presentando en la misma fecha solicitud ante Colpensiones para que aceptara el traslado y recibiera los aportes; que la AFP emitió respuesta el 30 de junio de 2021, informando que la actora al momento del traslado contaba con 38 años, por lo que al momento era imposible el traslado, como quiera que se encuentra a menos de 10 años para adquirir la edad para el derecho pensional, que a las edades de 59 y 60 años, con 1300 semanas la mesada pensional sería por la suma de $908.526, a los 61 años el monto de $924.334 y a la edad de 62 años la suma de $940.418; Colpensiones resolvió la petición mediante oficio del 4 de junio de 2021, indicando que no era procedente el traslado, en el entendido que al momento del traslado se materializó la voluntad de la afiliada; que el cálculo de la mesada pensional en el RPM, el monto de la prestación ascendería a $2.716.491.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A. y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas de aseguradora, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración, tal como lo dispone el artículo 1746 del C.C., disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y trasparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado de Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia, así como frente a las condenas impuestas, en el entendido que debe advertirse que si bien existe un precedente de la Corte Suprema de Justicia, el procedente no se puede aplicar de forma homogénea a todos los procesos, sino que por el contrario, debe existir similitud, situación que no se advierte en el caso bajo estudio, pues la demandante realizó el traslado de forma voluntaria, sin presiones e informada conforme con la normas del año 2005, los que no disponían los términos en que se reclamaron en la demanda y otorgados en primera instancia. Frente a las características del RAIS y RPM estaban establecidos en la Ley 100 de 1993 y por tanto la demandante pudo validar en cualquier momento la

información otorgada por parte de la administradora privada y debía actuar con diligencia en sus decisiones, y con mayor razón cuando son contratos relevantes que están en normas de común conocimiento, aunado con que el actuar de Porvenir ha sido de buena fe, no solo al momento de realizar el traslado primigenio, sino en el traslado horizontal, por lo que no existe razones para la declaratoria de ineficacia, más aún, cuando suscribió los formularios ordenados por la SuperFinanciera, antes Superintendencia Bancaria. Frente a las condenas de devolución de rendimientos, debe otorgarse conforme con los que se originaban en el RPM y no respecto de los generados en el RAIS, ya que no tendría sentido que el traslado no tuviere efecto, pero sí se ordene la devolución de los rendimientos del mismo, de lo que se puede concluir que Porvenir sería un agente oficios involuntario; aunado a ello, tampoco se puede devolver gastos de administración y seguros previsionales, pues los dineros ya no están en su poder, sino en la compañía que contrató Porvenir para la cobertura de las sumas adicionales a las que tenía derecho la demandante y respecto de las cuales durante 22 años la demandante tuvo cobertura, por lo que la devolución de tales conceptos son improcedentes conforme con el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, que son fuentes de derecho, quien señaló que el traslado es conforme con el art 7° del decreto 3995 de 2008. Ahora bien, frente a la indexación de los dineros, se origina una doble condena por parte de Porvenir, ya que se ordena la devolución de rendimientos, que son sumas actuales, los que generan actualización de moneda corriente, imponiéndose una doble condena por un mismo concepto, situación que está prohibida de forma taxativa. Finalmente, frente a condenas de costas, la demandante hizo traslado de forma libre e informada, y por ello no se podría imponer la condena, siendo efectivo el traslado de régimen pensional.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación, a fin de que se absuelva de las condenas impuestas, en el entendido que la

demandante se encuentra dentro de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que estipula que no es posible realizar traslado cuando estén a menos de 10 años para adquirir la pensión por edad, por lo que debe haber una correspondencia entre la voluntad y la acción, que sea un reflejo y de que no quede duda de que el afiliado quiera estar en un régimen pensional. Aunado a ello, conforme con la sentencia SU 062 de 2010, al declarase la ineficacia se estaría atentando contra la sostenibilidad financiera del sistema de pensiones, en el entendido que el objetivo del período de carencia pretende que no se genere la descapitalización del fondo común, situación que ocurre en el caso bajo estudio, pues no se tuvo en cuenta en el cálculo actuarial para el pago de sus pensiones, poniendo en riesgo el derecho pensional de los demás afiliados. Finalmente, solicitó revocar condena en costas, en virtud de que actuó bajo buena fe y que ha actuado en el proceso bajo la labor misional de Colpensiones, que no es otra, que se efectúe el traslado conforme con la norma pertinente.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, en aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliar.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas[1],

---

[1] *"(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.*

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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

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

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones,

---

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)".

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

para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar "*...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*"; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por

ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *"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 lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de

Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Así mismo, se debe precisar, que no existe la doble condena que aduce el apoderado de la demandada Porvenir al ordenarse la indexación de los conceptos, junto con los rendimientos financieros, ya que si bien tales rendimientos generan un aumento en el dinero, también lo es, que los gastos de administración y seguros previsionales, así como las cotizaciones efectuadas por la demandante fueron realizadas en un intervalo de tiempo bastante amplio y por ello, debe actualizarse el monto de las mismas.

En lo que tiene que ver con la devolución de los rendimientos financieros conforme con los que se debieron generar en el RPM y no la devolución de los generados en el RAIS, debe precisarse, que dichos rendimientos no le corresponde a las administradoras privadas, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.

Ahora bien, debe precisarse que si bien los conceptos que emite la Superintendencia Financiera de Colombia pueden ser tenidos en cuenta, ellos no son de obligatorio cumplimiento en tratándose de las decisiones judiciales, más aún, cuando el Máximo Órgano de Cierra de la Jurisdicción Ordinaria ha establecido cuales son los conceptos que deben ser trasladados al momento de declararse la ineficacia de la afiliación.

En lo que tiene que ver con la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, si bien la misma impide efectuar el traslado cuando el afiliado se encuentre a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional por vejez, también lo es, que al declararse la ineficacia de la afiliación, es como si la misma no se hubiere generado y por tanto, la demandante no se encontraría inmersa en dicha imposibilidad de traslado.

En punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aduce Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva (SL 2059 de 2022).

Ahora bien, debe acogerse la solicitud elevada por el apoderado de la encartada Colpensiones, en el sentido que la Administradora Colombiana de Pensiones hizo oposición en las presentes diligencias con ocasión de la prohibición legal y no por capricho de la Entidad, pues debía actuar bajo los fundamentos de Ley, por lo que no es posible imponer condena en costas en su contra y por tal motivo, se revocará la decisión de primer grado en tal sentido.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, de cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral

SEXTO de la sentencia proferida, en el sentido de absolver de la condena en costas a Colpensiones, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, en todo lo demás. **CUARTO: COSTAS** de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de $600.000, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada

LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado