



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-014-2015-00983-02. Proceso ordinario de Francisco Javier Bajaan Bonilla contra Edificio el Gran Carrizal I y II Propiedad Horizontal (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, el 15 de junio de 2018.

ANTECEDENTES:

El señor FRANCISCO JAVIER BAJAÑA BONILLA convocó al EDIFICIO EL GRAN CARRIZAL I Y II P.H., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: la declaratoria de un contrato de trabajo a término definido de un año, el cual se prorrogó de forma automática por el período comprendido entre el 16 de junio de 2005 y el 15 de marzo de 2015, el que terminó de forma unilateral y con justa causa por

el actor bajo la figura del despido indirecto y que como consecuencia de lo anterior, se condene al pago de los salarios, sobresueldos y auxilio de transporte por el período comprendido entre el 3 de diciembre de 2013 y el 15 de marzo de 2015, así como, al pago de las prestaciones sociales y vacaciones causadas entre el 16 de junio de 2011 y el 15 de marzo de 2015, junto con los intereses sancionatorios consagrados en el C.S.T., la indemnización por despido indirecto, la indemnización por la falta de pago oportuno de salarios y prestaciones sociales, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

El sustento de sus pedimentos se fundan en que entre las partes se celebró contrato de trabajo a término fijo de un año a partir del 16 de junio de 2005 y hasta el 30 de marzo de 2015, para desempeñar el cargo de portero, devengando la suma de \$706.000 a partir de la última prórroga, más auxilio de transporte; que sufrió accidente de origen común el 27 de marzo de 2012, estando incapacitado de forma continua hasta el 13 de septiembre de 2014, esto es, por espacio de 887 días, de los cuales le fueron cancelados un total de 540 días, los primeros 180 por parte de la EPS Cafesalud y los restantes 360 por parte de Porvenir S.A., por lo que elevó la solicitud de pago ante la hoy demandada; que se presentó a laborar el 14 de septiembre de 2014, poniéndose a disposición de la administradora, quien le informó que primero debía reunirse la Junta de Administración, sin embargo, el actor continuó yendo a su lugar de trabajo; que elevó solicitud para el reconocimiento de la pensión de invalidez, dictaminando por parte de la AFP una pérdida de capacidad laboral del 22.45%, quedando 61 días de incapacidad sin cancelar; que ante la falta de reubicación al cargo, elevó derecho de petición el 27 de octubre de 2014, sin obtener respuesta alguna y en la misma solicitó el pago de las acreencias laborales; que se realizó liquidación de prestaciones sociales el 18 de octubre de 2014 por la suma de \$476.623; que ante la falta de pago de salarios y acreencias laborales,

presentó renuncia motivada ante la administradora, obteniendo como respuesta, que tan sólo se venía pagando los conceptos de salud y pensión, aceptando la renuncia, no obstante, previo a dicha situación, se convocó a la administradora de la copropiedad ante la Inspección del trabajo, citación a la que no asistió; que se adeudan salarios, auxilio de transporte, primas de servicios, auxilio de cesantías, intereses a las cesantías.

Frente a estas súplicas, la aquo, encontró probada la prestación del servicio por el período comprendido entre el 16 de junio de 2009 y el 15 de marzo de 2015, la que finalizó por despido indirecto por causas atribuibles al empleador, condenando al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las obligaciones no reclamadas con anterioridad al 25 de noviembre de 2012, salvo las cesantías y probada la excepción de compensación por la suma de \$5.538.600, quedando un saldo a favor por la suma de 4.363.869 y absolvió de las demás pretensiones incoadas en contra de la encartada.

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revisen las decisiones adoptadas, en especial la que tiene que ver con la indemnización moratoria, ya que las deudas derivan de la existencia del contrato de trabajo que existió entre las partes, por lo que se debe proceder con la condena. Así mismo, no está de acuerdo con la condena de salarios reclamados, por cuanto se declara la prescripción, sin embargo, el escrito de contestación solicita la declaratoria de los mismos tres años después de radicada la demanda y no con anterioridad a la misma, por lo que bajo tal supuesto, no podría cobijar ninguna de las pretensiones elevadas, por lo que no se encuentra probada.

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

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales, ni el salario devengado por el trabajador, los problemas jurídicos a resolver en esta instancia, se circunscriben en determinar si los efectos de la excepción de prescripción rigen solamente respecto de los derechos que surjan con posterioridad a la demanda o si por el contrario, también los cobijan de forma anterior y en segundo lugar, si es o no procedente el reconocimiento de la indemnización moratoria ante la falta de pago de salarios y prestaciones sociales.

Al respecto, se debe partir de lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., los que en su tenor literal disponen:

***“ARTICULO 488. REGLA GENERAL.** Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*

***ARTICULO 151. PRESCRIPCION.** Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”.*

Atendiendo las normas anteriores, de las mismas se advierte que los derechos laborales prescriben en tres años desde el momento en que se hizo exigible la obligación, sin embargo, la reclamación escrita del trabajador la interrumpe por un término igual.

En ese orden de ideas, debe advertirse en primer término, que no es acertado el argumento expuesto por el apoderado de la parte demandante, en el sentido que la pasiva afirmó que la prescripción debía declararse con las obligaciones que surjan con posterioridad a la radicación de la demanda, por cuanto de conformidad con el argumento expuesto y visible a folio 76 del plenario, dicho extremo manifestó “... *propongo este medio de defensa sobre los derechos laborales que tengan más de tres años de haberse causado a partir del momento de presentarse la demanda*”, lo que acredita que en efecto se solicitó la declaratoria del medio exceptivo, respecto de las obligaciones que tuvieron más de tres años al momento de radicar la demanda.

Sin embargo, evidencia esta Sala de Decisión que la aquo declaró probado de forma parcial el medio exceptivo a partir del momento en que se radicó la demanda, esto es, a partir del 25 de noviembre de 2012, sin advertir que el actor elevó derecho de petición ante la demandada vía correo certificado¹ el 27 de octubre de 2014, mediante el cual solicitó el pago de salarios, primas, vacaciones, subsidio de transporte, auxilio de cesantías e intereses moratorios a partir del mes de julio de 2011, por lo que será a partir de dicha data que proceda la liquidación de las prestaciones reclamadas.

En ese orden de ideas, se advierte que la liquidación por auxilio de cesantías asciende a la suma de \$2.234.690, intereses a las cesantías por el monto de \$243.717,09, por primas de servicios la suma de \$2.234.690 y

¹ Fr. Fl. 33 y 34.

por vacaciones la suma de \$1.105.239,23, por lo que se ha de modificar los numerales tercero, cuarto y quinto de la sentencia proferida, por cuanto los saldos insolutos adeudados por la demandada ascenderían a la suma de \$11.559.327,99, dentro del que se incluyen los salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización por despido indirecto, al que una vez descontada la compensación establecida por la falladora de primer grado ascendería a la suma de \$6.020.727.99.

DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Para resolver lo atinente con la indemnización moratoria se debe tener en cuenta que el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo establece que todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores la totalidad de salarios y prestaciones sociales cuando termine el contrato de trabajo, y en caso de incumplimiento, lo debe indemnizar con un salario diario por cada día de mora, no obstante, dicha aplicación no es de forma automática, sino que se debe proceder con el estudio relativo a la buena o mala fe en la que incurrió el empleador frente a la falta de pago de dichos conceptos.

Al respecto, debe indicarse que tal como lo manifestó la falladora de primer grado, la parte encartada acreditó la buena fe con la que actuó bajo la vigencia y terminación del contrato de trabajo, teniendo en cuenta que aceptó la existencia del contrato de trabajo y fue quien indicó con claridad los extremos temporales del mismo, así como, que efectuó el pago del salario durante una parte del período en el que el trabajador se encontraba incapacitado y percibiendo el auxilio por incapacidad que le era cancelado por parte de su EPS Cafesalud, sin que el ex trabajador realizara manifestación alguna al respecto, por lo que en efecto con la suma pagada de forma anticipada se pudo generar el convencimiento de

la pasiva de haber efectuado el pago íntegro de las prestaciones adeudadas al hoy demandante, por lo que se debe absolver de dicho concepto a la demandada.

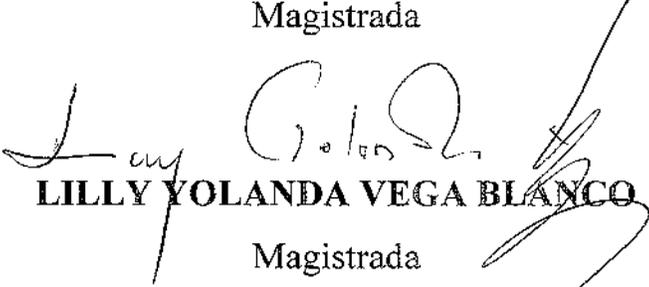
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado estarán a cargo de la encartada y sin ellas en esta instancia.

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: PRIMERO: MODIFICAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia apelada, en el sentido de declarar prescripción respecto de los derechos causados y no reclamados con anterioridad al 27 de octubre de 2011, de acuerdo con lo expuesto en las consideraciones de la sentencia. **SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral **CUARTO** de la sentencia impugnada, en el sentido de condenar a la demandada al pago del auxilio de las cesantías por la suma de \$2.234.690, intereses a la cesantías por el monto de \$243.717,09, primas de servicio por la suma de \$2.234.690 y vacaciones por el monto de \$1.105.239.23, manteniendo la condena por los salarios adeudados e indemnización por despido sin justa causa, de conformidad con las motivaciones de la decisión. **TERCERO: MODIFICAR** el numeral **QUINTO** de la sentencia apelada, en el sentido de declarar que el saldo insoluto adeudado por la encartada asciende a la suma de \$6.020.727,99, que involucra el monto adeudado por la indemnización por despido sin justa causa. **CUARTO: CONFIRMAR**

la sentencia en todo lo demás. **QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y sin ellas en la alzada. **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

SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref: Radicación N° 11-001-31-05-000-2018-00566-01. Proceso Sumario de Guillermo Cruz Serrato contra Compensar EPS y Salud Total EPS (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:

GUILLERMO CRUZ SERRATO convocó a COMPENSAR EPS y a SALUD TOTAL EPS-S S.A. para obtener el reembolso de las suma de dinero que debió pagar con recursos propios por concepto del reconocimiento de la licencia de maternidad a la trabajadora Luz Ángela Fonseca Rocha.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Indicó el accionante que la señora Luz Ángela Fonseca Rocha se encontraba cotizando a la EPS Salud Total desde el mes de marzo de 2011 y que efectuó aportes de manera ininterrumpida aportes al sistema de seguridad social hasta el 30 de abril de 2013.

Señaló que la señora Fonseca Rocha ingresó a prestar servicios en su favor a partir del 1° de mayo de 2013, fecha a partir de la cual, de forma ininterrumpida se realizaron aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, ante la EPS Compensar.

Que el 8 de febrero de 2014 se produjo el nacimiento de Miguel Ángel Olarte Fonseca, hijo de la señora Fonseca Rocha y que aun cuando durante el periodo del embarazo el demandante siempre estuvo cotizando al sistema de manera ininterrumpida, se negó el pago de la licencia de maternidad por la falta de cotización durante todo el periodo de gestación a una sola EPS.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 20 de junio de 2016¹. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

Salud Total EPS-S S.A.² se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual adujo en esencia que para la fecha del parto, la señora Luz Ángela Fonseca se encontraba afiliada a una EPS diferente, motivo por el que solicitó se le absuelva de las pretensiones o en su defecto, se ordene al Ministerio de Protección Social – Fondo de Solidaridad y Garantía- al pago de la totalidad de los gastos en que ésta incurra.

A su vez la EPS Compensar³ también se opuso a las pretensiones de la demanda, básicamente adujo en su defensa que no se cumplen los presupuestos legales para que reconozca la licencia de maternidad solicitada,

¹ Cfr. Fl 127

² Cfr fls 133 a 139

³ Cfr fls 162 a 178

pues tan solo reporta cotizaciones desde el mes de junio de 2013, motivo por el que no se cumplen los supuestos que al efecto prevé el Decreto 047 de 2000 en su artículo 3°.

Agregó que contrario a lo que se indica por parte del accionante, la incapacidad no fue solicitada el 12 de abril de 2016.

La *aquo* profirió sentencia el 6 de febrero de 2018⁴, en la que no accedió a las pretensiones de la demanda al considerar en esencia que el demandante no demostró el interés jurídico que le asiste dentro del trámite de la presente acción pues a pesar de que se le requirió la prueba del pago de la totalidad de la licencia no aportó medio de convicción en tal sentido.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante a través de su apoderada interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Solicita el recurrente se revoque la decisión acogida por la servidora judicial de primer grado y en su lugar, se acceda a las pretensiones de la demanda, en tanto el nacimiento del hijo de la trabajadora Luz Ángela Fonseca Rocha se produjo el 8 de febrero de 2014, razón por la que tenía derecho a 14 semanas remuneradas de licencia de maternidad a partir del 27 de enero hasta el 5 de mayo de 2014, periodo en que afirma le fue reconocido el salario correspondiente, lo que se acreditó con la documental visible a folios 20 a 26, contentiva de las nóminas de pago de dicho periodo y que se encuentran debidamente firmadas por la trabajadora.

⁴ Cfr. Fls 189 a 191.

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.

Observa la Sala, que el accionante acudió al trámite jurisdiccional con el fin de que se definiera en su favor el reconocimiento del reembolso de la licencia de maternidad que afirma otorgó a su trabajadora Luz Ángela Fonseca, pretensión que le fue negada por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, bajo el argumento de que no se acreditó el interés jurídico del accionante, ante la ausencia de medios probatorios que le permitieran establecerlo.

A efectos de resolver los motivos de inconformidad planteados, corresponde a la Sala comenzar por indicar que no fue objeto de discusión entre las partes y se determina con el material probatorio allegado al proceso la condición de afiliada de la señora Luz Ángela Fonseca Rocha al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la EPS Compensar, como trabajadora dependiente a partir del 1º de mayo de 2013.

Ahora bien, en lo que interesa al asunto, de la documental aportada a folio 27 del expediente la licencia de maternidad expedida por la EPS Compensar el 8 de enero de 2014, se otorgó por el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2014 y el 5 de mayo de la misma anualidad y que, de acuerdo con la copia del registro civil de civil de nacimiento de Miguel Ángel Olarte Fonseca,

visible a folio 18, la trabajadora Luz Ángela Fonseca Rocha dio a luz el 8 de febrero de 2014.

Ahora, en relación con el pago de la licencia de maternidad por parte del accionante a la trabajadora corresponde indicar, que de la documental visible a folios 20 a 26 se acredita el pago de salarios a favor de la trabajadora Luz Ángela Fonseca durante el periodo comprendido entre la segunda quincena del mes de enero de 2014 y la segunda quincena del mes de abril de la misma anualidad, periodo que salvo por los primeros 5 días del mes de mayo, de cuyo pago no obra prueba, corresponde al de la licencia de maternidad que se concedió por parte de la EPS.

Bajo tales presupuestos, interesa a la Sala comenzar por recordar que si bien dentro de las prestaciones establecidas a cargo del empleador, en el artículo 236 se previó el reconocimiento a las trabajadoras en estado de embarazo de una licencia de maternidad; también lo es, que con la implementación del Sistema de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, se previó que las prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la maternidad debían ser cubiertas por el Sistema General de Salud.

En tal sentido, al tenor de lo establecido en el artículo 28 del Decreto 806 de 1998⁵, en concordancia con el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 047 del 2000⁶, la licencia de maternidad es un beneficio que otorga el Sistema General de Seguridad Social en Salud a las afiliadas cotizantes del régimen contributivo, frente al cual, en el caso de las trabajadoras dependientes, el

⁵ “Artículo 28: Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios: (...) c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.”

⁶ Artículo 3º-Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización: (...) 2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

empleador conserva la obligación de adelantar en forma directa el trámite⁷ correspondiente y, eventualmente, la de asumir su reconocimiento únicamente cuando cotice un período inferior al de gestación en curso, presente mora o evada el pago de los correspondientes aportes.

En relación con este último aspecto, esto es la responsabilidad del empleador en el reconocimiento de la licencia de maternidad, corresponde indicar que al tenor de lo dispuesto en las normas previamente referidas y de acuerdo con el criterio fijado por la H. Corte Constitucional, ésta se deriva de su incumplimiento en relación con las obligaciones a su cargo para con el sistema de seguridad social en salud.

Ahora bien, para el reconocimiento de licencia de maternidad, se previó en el artículo 63 del Decreto 806 de 1998, el artículo 3° del Decreto 047 de 2000 y el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, la cotización continua e ininterrumpida por parte de la trabajadora al sistema durante el periodo de gestación y que durante dicho periodo se hubieren cancelado en forma completa las cotizaciones por lo menos durante 4 de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho; pese a ello, la Corte Constitucional desde el año 2007, en la sentencia T-530, ha sostenido que el primero de los presupuestos aludidos, esto es, la cotización al sistema dentro del periodo de gestación hace ilusorio el derecho y en razón a ello, ha permitido el reconocimiento de la prestación en proporción al tiempo de cotizaciones, siempre que el periodo faltante sea superior a dos meses, pues en caso contrario, la prestación debe ser reconocida en su integridad⁸.

En este punto, corresponde indicar que en aquellos eventos en los que no se realizan cotizaciones a favor de la trabajadora dependiente por todo el periodo de gestación, contrario a lo que plantean las accionadas, la obligación del

⁷ Ver artículos 21 del Decreto 1804 de 1999 y 121 del Decreto Ley 019 de 2012.

⁸ T-1223 de 2008

reconocimiento de la licencia no se traslada automáticamente al empleador, pues como se indicó en forma precedente, ello sólo ocurre cuando éste incumple con el pago de las cotizaciones en vigencia de la relación laboral, por así preverlo el numeral 2º del artículo 3º del Decreto 047 de 2000⁹.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, aun cuando se desconoce el inicio del periodo de gestación de la trabajadora Luz Ángela Fonseca Rocha, pues no existe medio de convicción que de cuenta de tal situación, de la documental incorporada al proceso es posible establecer que se efectuaron cotizaciones desde el mes de marzo de 2012 hasta abril de 2013 y de junio de 2013 hasta la fecha en que se produjo el parto, esto es, el mes de febrero de 2014, de donde deviene que por lo menos se realizaron aportes en forma continua e ininterrumpida por espacio de 8 meses, los que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Constitucional en la sentencia de tutela aludida resultan suficientes para ordenar el pago de la licencia de maternidad.

En efecto, de acuerdo con la certificaciones emanadas de las EPS Salud Total¹⁰ y Compensar¹¹, así como el reporte de pagos descargado de la página del FOSYGA, se advierte que la señora Luz Ángela Fonseca Rocha se encontraba afiliada a la EPS Salud Total desde el 3 de marzo de 2011, inicialmente como dependiente y a partir del mes de marzo de 2012 como independiente condición en la que efectuó cotizaciones hasta el periodo de abril de 2013 y a partir del 31 de junio de esa misma anualidad se afilió a la EPS Compensar en la que comenzó a cotizar como dependiente hasta el mes de febrero de 2014, luego el único periodo en que no se registra pago de aportes es el mes de mayo de 2013 y a pesar de que existen pagos que se

⁹ (...) *Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.* (Se resalta)

(...)

¹⁰ Cfr fl 149 - 150

¹¹ Cfr fl 116

forma extemporánea lo cierto es que los mismos no fueron rechazados, por lo que se ha de entender que se allanó a la mora de aquél.

Los argumentos expuestos son suficientes para revocar la determinación adoptada por el operador judicial de primer grado y en su lugar, condenar a la accionada COMPENSAR EPS al reconocimiento y pago de la suma de \$1'909.600,33, esto teniendo en cuenta que el periodo de licencia era de 98 días¹², pero se acreditó el pago a la trabajadora de 93 días; monto que en los términos del artículo 207 de la Ley 100 de 1993, se financia por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación.

No se impondrá condena al pago de intereses de mora como se solicita en la demanda, en tanto la negativa de la EPS Compensar se soportó en la estricta aplicación de un precepto de carácter legal, como lo son el Decreto 047 de 2000, el Decreto 806 de 1998 y el Decreto 1804 de 1999.

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:**

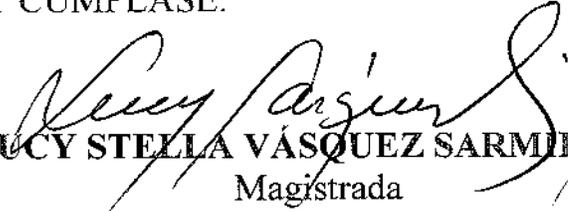
PRIMERO.- REVOCAR la decisión de primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a la entidad promotora de salud COMPENSAR EPS al reconocimiento y pago de la suma de \$1'909.600,33 a favor del demandante, correspondiente a la licencia de maternidad reconocida a la señora Luz Ángela Fonseca Rocha, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

¹² Cfr. fl 7



SEGUNDO.- ABSOLVER a la EPS Salud total de todas y cada una de las pretensiones.

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 agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 11001-3105 013 2019 00178 01. Proceso Ordinario de Vilma Hernández Montaña contra Colpensiones y otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de septiembre de 2019, así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

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.

ANTECEDENTES:

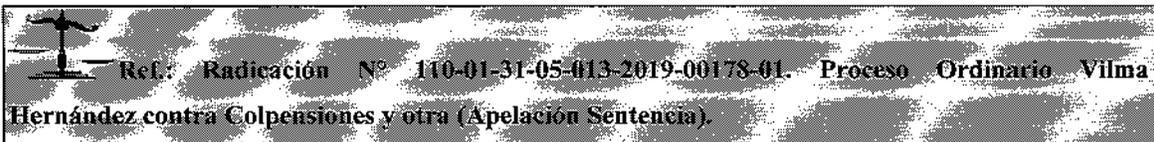


Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A., por el incumplimiento de los deberes legales de información y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual incluidas las comisiones y rendimientos, y se ordene a esta última entidad a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida para que reconozca ésta reconozca su pensión de vejez.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en el año 1990 en donde permaneció hasta el año 1997 cuando se trasladó a la AFP Porvenir S.A., administradora que afirma no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida y que por el contrario para obtener su traslado le indicaron que no se iba poder pensionar en el ISS porque este se iba a acabar, y que la pensión otorgada en el régimen de ahorro individual era mejor porque se podía pensionar anticipadamente.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones propuso entre otras en su defensa las excepciones de, prescripción y caducidad, cobro de lo debido y buena fe.

Por su parte la demandada Porvenir S.A. propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa.



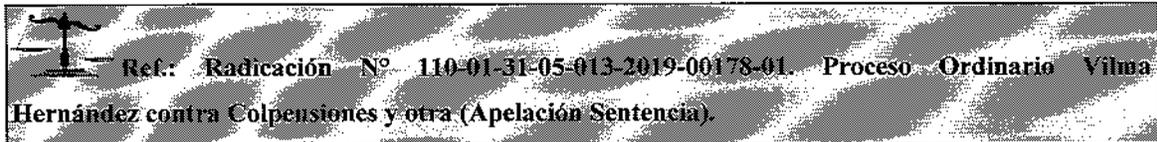
Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de ello la condenó a transferir todos los aportes con los rendimientos causados a Colpensiones entidad a la que ordenó recibir los aportes y reactivar la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, absolviéndola de condenarla a reconocer la pensión de vejez por cuanto a la fecha en la que interpuso la demanda no cumplía con los requisitos para pensionarse.

Para arribar a la anterior conclusión consideró en esencia que el fondo privado no cumplió con la carga probatoria que le fue impuesta manifestando que el formulario de afiliación no es suficiente para comprobar que se brindó la información sobre las reales implicaciones que le conllevaría el dejar el régimen anterior y las posibles consecuencias futuras del traslado, además adujo que pese a que la demandante conocía la definición de aportes voluntarios y algunas ventajas del RAIS se pudo evidenciar que conocía sobre las desventajas del mismo, por lo que no se puede tener como confesión esa declaración.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la demandada Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación, que fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la demandada Porvenir S.A. solicitó se revoque la decisión de primer grado al considerar que si su representada cumplió con el deber de información pues en el interrogatorio de parte la demandante manifestó conocer sobre los beneficios del RAIS, y sabía la definición de aportes voluntarios, además manifestó en el formulario es válido y que la actora no



probo el error, la fuerza o el dolo para que se declare la ineficacia del acto jurídico.

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, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad 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 y de ser así, si la demandada Protección S.A se encuentra obligada a trasladar el valor de las cuotas de administración.

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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

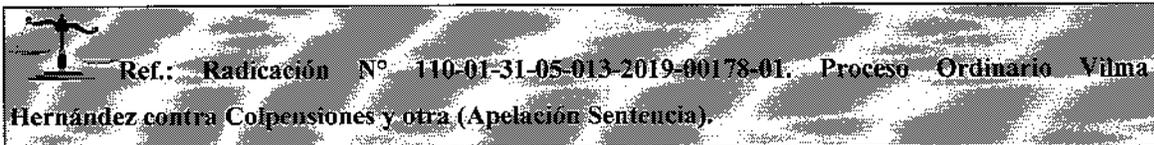
¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la 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 hacia 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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, 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, en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones, por lo que no era la demandante quien tenía que demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, sino de las AFP de evidenciar que existió la voluntad informada.

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

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."



para que la accionante pudiera determinar si le convenía o no trasladarse de régimen.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de la ineficacia 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 mantener 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, densidad de cotizaciones o ser beneficiaria del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la recurrente, los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establece alguna clase de supuesto diferente adicional y no podría hacerlo si se tiene en cuenta que el deber de información lo tienen las administradoras de fondos de pensiones sin distinción de la condición de sus afiliados y desde la creación de las mismas AFP.

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 es la 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 Colpensiones deberá efectuar el cómputo de las semanas cotizadas respecto de los aportes realizados por la accionante, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, se reitera, que si bien la apoderada de Porvenir S.A afirmó que el deber de información se brindó al momento de efectuarse la afiliación de la demandante, también lo es, que dicho afirmación se queda sin sustento probatorio alguno, ello con ocasión de la inversión de la carga de la prueba y con la falta de su deber legal consagrada en el artículo 167 del C.G.P., por lo que debió acreditar su dicho.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. 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. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por

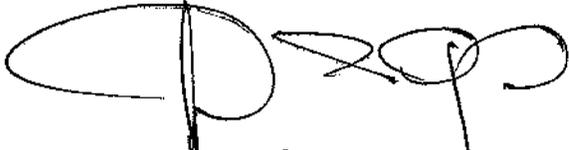
 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-013-2019-00178-01. Proceso Ordinario Vilma Hernández contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO.- CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
Sobres ueto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., Treinta y uno de julio (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-003 029 2018 00285 01. Proceso Ordinario de Soraya Escobar Caycedo 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 de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colfondos S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, el 8 de mayo de 2018; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la demandada AFP Colfondos S.A. la asesoró de manera errada e inadecuada, que no le suministró una información completa comprensible respecto del régimen pensional a elegir, se decrete la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y se ordene a la AFP Colfondos S.A. trasladar al régimen de prima media con prestación definida los aportes, rendimientos y

semanas cotizadas a Colpensiones y que se ordene a ésta última entidad a aceptar dicho traslado.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al ISS el 5 de marzo de 1979, en donde permaneció hasta el mes junio de 1994, cuando se trasladó al Régimen de ahorro individual con solidaridad en cabeza de Colfondos S.A.

Indicó que no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podría tener el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y que cuando cumplió la edad de 47 años no fue requerida por las demandadas para recibir información acerca de su futuro pensional.

Una vez notificadas las entidades accionadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Colpensiones indicó que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP Colfondos S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, entre otras.

Por su parte, la AFP Colfondos S.A. adujo en su defensa que sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado de régimen y que en señal de aceptación suscribió el formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de la causal de nulidad, prescripción de la acción, compensación y pago, buena fe, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la nulidad del traslado de la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado por la

AFP Colfondos S.A., administradora a la que condenó a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante y ordenó a la última entidad a recibirlos.

Para arribar a la anterior determinación señaló que de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, conforme con la cual los fondos tienen la obligación de brindar información clara, veraz y real a cerca de las implicaciones del traslado de régimen; y que en el asunto la demandada AFP Colfondos S.A. no acreditó el cumplimiento de tal obligación, siendo esta su carga probatoria.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de la demandada AFP Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce en esencia la recurrente que la asesoría e información suministrada a la demandante se dio conforme a las disposiciones legales y las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera de Colombia, para el momento en que se produjo el traslado de régimen y no debido a una disposición caprichosa de su parte.

Sostiene que debe tener en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin que hubiera concurrido a los canales de información el fondo para asesorarse o con el objeto de manifestar alguna inconformidad; y aunque se publicó en un periódico de amplia circulación nacional la posibilidad de trasladarse de régimen la demandante tomó la determinación de continuar realizando aportes de forma ininterrumpida al régimen de ahorro individual.

Agrega en similar sentido que la elección de la demandante fue libre y voluntaria, y que ésta no acreditó alguno de los vicios del consentimiento que establece el artículo 1508 del C.C. como el error la fuerza y el dolo.

En forma subsidiaria solicitó se revoque la condena relativa a la devolución de los gastos de administración y la sumas adicionales dado que dichos recursos ya invirtió estos recurso en la toma de las pólizas respectivas de protección a la afiliada y por ende estos recurso ya fueron girados a las aseguradoras, por lo que afirma resulta imposible devolver esas sumas debido.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, 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.

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 nulidad 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 y de ser así, si es procedente ordenar la devolución de las sumas que la AFP Colfondos S.A.

retuvo por concepto de cuotas de administración y pago de seguros previsionales.

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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

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

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia 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, 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.

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 hacia 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."

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 029-2018-00285-01. Proceso Ordinario Soraya Escobar Caycedo contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

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 Colfondos S.A. debió consignar en el 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.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se tiene el deber ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar la 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

tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS 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.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

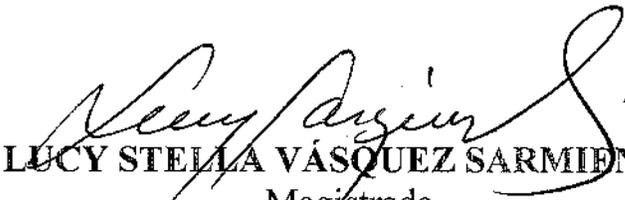
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo únicamente de la recurrente.

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. MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho

pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- CONDENAR** en **COSTAS** en ésta instancia únicamente a la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., fijense como agencias en derecho la suma de \$400.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
Solvo voto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00232-01. Proceso Ordinario de Ismena Cubillos Urazán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de mayo de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida entre los años 1995 y 2006, que es beneficiaria del régimen de transición y el fondo privado no le informó que al trasladarse de régimen renunciaba al régimen de transición y que es nulo

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00232-01. Proceso Ordinario de Ismena Cubillos Urazán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual; se ordene su retorno inmediato al régimen de prima media en Colpensiones, se condene al fondo privado Colfondos S.A. la devolución de todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro individual y se ordene a Colpensiones a activar su afiliación.

Como sustento de sus pretensiones afirmó, en lo que interesa al asunto, que nació el 13 de julio de 1957, que desde 1980 y hasta 1995 cotizó en la Beneficencia de Cundinamarca y en 1995 se afilió al Instituto de Seguros Sociales, entidad en la que afirma permaneció afiliada hasta el 28 de agosto de 2006.

Afirmó que cuando se trasladó el fondo privado no le informó que al ser beneficiaria del régimen de transición tenía derecho a pensionarse a los 55 años con una tasa de remplazo del 75%, que perdería su beneficio al régimen de transición al efectuar el traslado, no le realizó ningún tipo de cálculo comparativo respecto de la pensión que ofrecía el régimen de prima media y el RAIS, y demás características del Régimen de ahorro individual con solidaridad que afectan su futuro pensional.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a todas las pretensiones. Colfondos S.A, propuso en su defensa las excepciones de fondo que denomino, validez de la afiliación de Colfondos, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, y prescripción.

La Sociedad administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A propuso entre otras las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de la obligaciones demandadas de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa.

Por su parte la demandada Colpensiones también se opuso a todas las pretensiones y propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión pretendida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, y asimismo declaró la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual respecto del fondo Porvenir S.A, y le ordenó el traslado a Colpensiones de todos los valores de la cuenta de ahorro individual, bonos pensionales, sumas adicionales con los intereses y rendimientos causados, ordenándole a ésta última recibir dichas sumas, y admitir el traslado al régimen de prima media.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que no se logró acreditar que la demandada administradora privada hubiere cumplido con el deber de información, y el deber del buen consejo, al momento de la afiliación para que esta pudiera establecer cuál de los dos regímenes le era más favorable, por lo que no se puede predicar la validez del acto jurídico, añadiendo que la demandante es beneficiaria del régimen de transición por contar con 36 años al momento de la entrada en vigencia de la ley 100 y tener cotizadas más de 750 semanas al 25 de julio de 2005.

Inconformes con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad legal correspondiente.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Porvenir S.A manifestó que el acto de traslado fue libre y voluntario por cuanto no se incumplió con ningún precepto legal porque para el momento en que se produjo el traslado no tenía la obligación de documentar por escrito esa información por lo que no puede aplicarse la ley de forma retroactiva, además adujo que el caso concreto no es equiparable a las últimas jurisprudencias debido a que la demandante no goza del régimen de transición, resalto que el acto jurídico no se vio inmerso en un objeto o causa ilícita o que se efectuó con una persona absolutamente incapaz, por lo que no podría predicarse la nulidad, además del deber de diligencia que tenía la demandante de averiguar la información respecto del régimen de ahorro individual.

Por otro lado Colpensiones argumento en esencia que no se reúnen los presupuestos que establece la Ley 797 de 2003 para que la demandante retorne al régimen de prima media con prestación definida al faltarle menos de 10 años para pensionarse, que la demandante no comprobó los vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo por cuanto a su juicio existió un error de derecho que no afecta la validez del acto jurídico.

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, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida y en el mismo sentido establecer si la demandante es beneficiaria del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

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

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL1688 del 8 de mayo de 2019, en la que precisó “...desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses”, razón por la que, contrario a lo que plantea el apoderado de la demandada Porvenir S.A., no se está dando aplicación en forma retroactiva a ninguna disposición.

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 propios 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 hacia 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.”

Ahora, en este mismo sentido corresponde indicar 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, 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, en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, de manera que la actora no tiene el deber de probar la existencia de vicios del consentimiento o la falta de alguno de los requisitos para obligarse que establece el artículo 1502 del código civil para que se dé lugar a la nulidad o inexistencia del acto de afiliación.

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, ni mucho menos de la pérdida del régimen de transición, 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 AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. debió consignar en el 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 o a lo sumo explicar las condiciones en que se reconocería el derecho pensional de la accionante en dicho régimen y las diferencias que tendría en caso de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

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, considera la Sala igualmente oportuno señalar, que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad con los de la ineficacia del traslado, pues adoctrino 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”, motivo por el que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.

 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00232-01. Proceso Ordinario de Ismena Cabillos Urazán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A, y como consecuencia de ello a Colfondos 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 contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

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; sin embargo como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a Colfondos S.A.Pensiones y Cesantías, tal como se establece de la documental aportada a folios 142 y 143, es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, y no la AFP Porvenir como lo determinó el servidor judicial de primer grado; y como las cosas vuelven a su origen Colpensiones deberá efectuar el cómputo de las semanas cotizadas respecto de los aportes realizados por la accionante.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional

 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00232-01. Proceso Ordinario de Ismena Cubillos Urazán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

De igual forma, tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones referente a que no es posible el traslado decretado por faltarle menos de 10 años a la demandante para adquirir el derecho pensional, por cuanto lo pretendido es la ineficacia de la afiliación, que origina que las cosas vuelvan a su estado inicial, por lo que dicha prohibición no se materializaría de forma alguna.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias a cargo únicamente de Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

DECISIÓN:

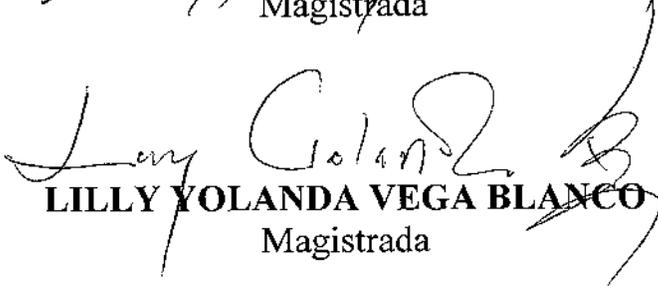
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO.- MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO.- MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia apelada en sentido de ordenar a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS realizar el traslado de los recursos allí indicados. **TERCERO.- AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte

 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-011-2017-00232-01. Proceso Ordinario de Ismena
Cubillos Urazán contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

motiva de esta decisión. **CUARTO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **QUINTO.- COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., para su tasación incluyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
Stca veta parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

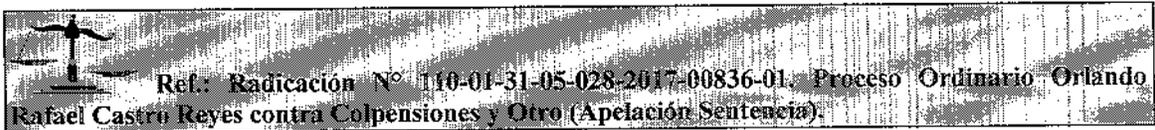
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-028-2017-00836-01. Proceso Ordinario Orlando Rafael Castro Reyes contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la encartada Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de noviembre de 2019; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses, tal como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil; así mismo, solicita se



declare que es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y como consecuencia de lo anterior, se condene al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir de la última cotización, aplicando una tasa de reemplazo del 90%, junto con las mesadas adicionales, reajustes e indexación y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, el demandante afirmó que nació el 30 de Enero de 1952, afiliándose al ISS el 1° de febrero de 1980 y hasta el 6 de abril de 1998, acumulando 840.43 semanas de cotización; que el 20 de abril de 1998 suscribió formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., no obstante, no le informó acerca de las ventajas y desventajas del régimen pensional, dentro de las cuales, no le advirtió que para el 1° de abril de 1994 había cumplido más de 40 años de edad, siendo entonces beneficiario del régimen de transición tanto por edad, como de semanas cotizadas en el régimen de prima media; que se elevó solicitud de nulidad ante Porvenir S.A. y Colpensiones los días 6 y 7 de julio de 2017 respectivamente; que la Secretaria de Educación de la Alcaldía Distrital de Cartagena mediante resolución No. 2865 de 2007, mediante la que se reconoció pensión de jubilación en su condición de docente nacionalizado por prestar sus servicios a la Institución Educativa Gabriela San Martín de Cartagena.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la nulidad del traslado efectuado por el accionante y ordenó el traslado de los aportes a Colpensiones, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el demandante pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, junto con los frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, disponiendo que Colpensiones reciba los montos trasladados, de conformidad con el pago de los aportes mensuales efectuados. Como consecuencia de lo anterior, la *aquo* condenó a la demandada Colpensiones

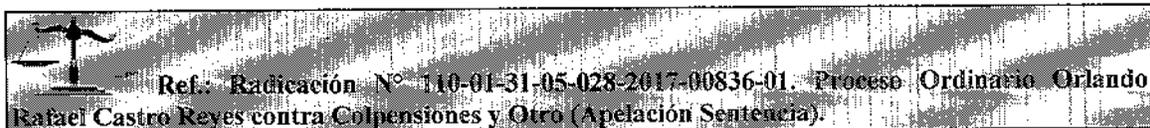


al reconocimiento y pago de la pensión de vejez del señor CASTRO REYES, bajo los parámetros normativos del acuerdo 049 de 1990, aprobado por el decreto 758 de la misma anualidad, reconocimiento que se concedió a partir del 1° de enero de 2019, en cuantía inicial por la suma de \$4.278.172, retroactivo pensional que al 31 de octubre de la misma anualidad ascendía a la suma de \$42.781.722, prestación compatible con la pensión reconocida por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Inconforme con la anterior determinación, la apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelvan de los pedimentos de la demanda. Lo anterior, por cuanto el señor ORLANDO RAFAEL CASTRO REYES, conocía las características de ahorro individual y tenía conocimientos básicos del régimen de prima media, sin embargo optó por el régimen de ahorro individual como su mejor opción pensional. Aunado a ello, por cuanto conceder el traslado solo contribuye a la desfinanciación del mismo, toda vez que el traslado del demandante desembocaría en el cumplimiento de una prestación en un régimen donde el demandante no ha cotizado.

Así mismo, solicita no se tenga como indicio en contra de PORVENIR, la falta de documentación en el momento en que se realizó la asesoría, teniendo en cuenta que para la época en que se realizó, no existía el deber de documentar dichas asesorías, que éste deber surgió con posterioridad a la sentencia 1478 de 2014 y no cuenta con efectos retroactivos, por lo tanto no se pueden endilgar a las administradoras obligaciones que para la fecha en que se realizó el traslado no estaban reguladas.

CONSIDERACIONES



Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad 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.

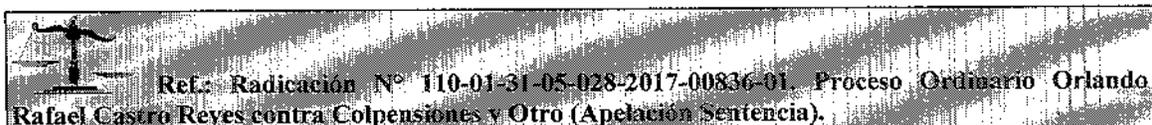
Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información 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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

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



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado 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, 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

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 hacia 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."



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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió consignar en el 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.

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 adocrinó 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 modificar 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 de prima media administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúan las encartadas los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Aunado a lo anterior, debe precisarse que si bien el demandante manifestó conocer algunas de las ventajas que podía adquirir con su traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que no es cierto tal como lo expone la administradora de pensiones privada, que la misma tuvo toda la información del mismo régimen, pues el conocimiento fue obtenido con posterioridad a su afiliación a PORVENIR S.A., situación que debió ser puesta de presente por las AFP en el mismo momento del diligenciamiento de su formulario de afiliación, ya que el error en que se indujo al demandante se materializó al momento de suscribirse el formulario de afiliación.

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; 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, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS 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.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional del demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Ahora bien, se debe proceder con el estudio del derecho pensional reclamado por el demandante, en ese sentido, cumple recordar que la Ley



100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<40 años para el caso de los hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (25 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el



derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con la copia de la cédula de ciudadanía que obra a folio 21 del plenario, se puede establecer que el demandante, al 1° de abril de 1994, tenía cumplidos 42 años de edad, por lo que puede decirse que el señor ORLANDO RAFAEL CASTRO REYES, por la edad es beneficiario del régimen de transición.

En ese orden de ideas, como el actor es beneficiario del aludido régimen transicional, la Sala debe señalar que el régimen pensional, en lo relativo a la contingencia de vejez, que se encontraba vigente antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para quienes durante su vida laboral estuvieron afiliados y cotizaron para el efecto, al Instituto de Seguros Sociales, es el contenido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

El artículo 12 del Acuerdo en cita establece que tienen derecho a la pensión de vejez quienes llegaren a la edad de sesenta (60) años si son hombres, o cincuenta y cinco años (55) si son mujeres y; hubieren cotizado 500 semanas en los veinte años anteriores al cumplimiento de la edad o 1000 semanas en cualquier tiempo al Instituto de Seguros Sociales.

En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que el accionante cumplió el requisito de edad para consolidar el derecho a la pensión, el 30 de enero de 2012, es decir, con posterioridad al 31 de julio de 2010, segunda fecha límite de la transición; razón por la cual se hace necesario corroborar si el actor cuenta con las 750 semanas cotizadas al 25 de julio de 2005 y respecto de la cual se debe indicar que en efecto el demandante contaba con más de 750 semanas a la data mencionada, por cuanto al 30 de abril de



1998 ya había efectuado cotizaciones por 840.43 semanas, de lo que se advierte que el actor conserva el régimen de transición hasta el año 2014, entendiéndose, como la última data de tal calendario, siendo esta, el 31 de diciembre de 2014.

De acuerdo con lo anterior, se procede con el estudio del derecho pensional con las 1000 semanas cotizadas en cualquier tiempo, evidenciándose que en efecto cumple tal presupuesto, como quiera que de acuerdo con la historia laboral reportada por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se evidencia que el actor cotizó un total de 1.081.08 semanas y en Colpensiones un total de 840.43 semanas, las que una vez computadas arrojan un total de 1.921,51 semanas cotizadas en su vida laboral, por lo que cuya liquidación puede efectuarse tanto con los últimos 10 años de servicios, como con toda la vida laboral de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicándose una tasa de reemplazo del 90%, la que se liquidará de forma posterior, previo el estudio de la excepción de prescripción propuesta por las encartadas.

Con respecto al disfrute de la pensión, debe indicarse que si bien el actor acreditó los 60 años de edad el 30 de enero de 2012, también lo es, que el actor continuó efectuando aportes hasta el último día del mes de diciembre de 2018, por lo que la prestación debe empezarse a pagar a partir del 1º de enero de 2019, día siguiente a su última cotización, teniendo en cuenta que se debe tener en cuenta hasta la última semanas cotizada por el afiliado para efectos de realizar la liquidación del derecho pensional.

Ahora bien, debe advertirse que no hay lugar a declarar prescrita mesada alguna, en la medida en que este caso, no operó el término común de los 3 años previstos en el artículo 151 del CPL, pues si se parte del hecho de que la prestación se hizo exigible para el año 2019 y la demanda ya se



encontraba en curso ante el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá², es claro que la totalidad de las mesadas pueden ser reclamadas.

Ahora bien, una vez verificada la liquidación efectuada por la falladora de primera instancia y teniendo en cuenta el Ingreso Base de Cotización reportados tanto en el ISS hoy Colpensiones, como ante Porvenir S.A., se advierte que en efecto el cálculo realizado se encuentra conforme y por ello se confirmará la decisión de primer grado frente al ítem estudiado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de las demandas y las de segunda instancia únicamente a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

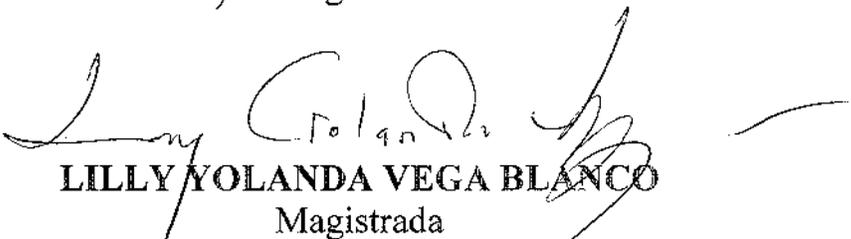
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad del demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- COSTAS** de primera instancia a cargo de las encargadas y las de segunda instancia únicamente a cargo de Sociedad

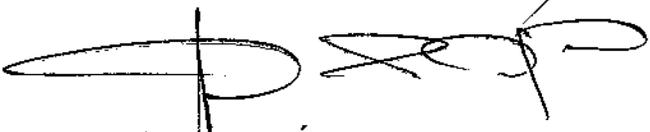
² Cfr. Fl. 81.

 Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-028-2017-00836-01. Proceso Ordinario Orlando Rafael Castro Reyes contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
Educo uoto forcia



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05030 030 2018 00422 01. Proceso Ordinario de Eduardo Morales Rubio 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 de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A., frente a la sentencia proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, el 2 de septiembre de 2019; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de nulidad de su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Colfondos S.A. el 23 de mayo de 1997, así como de las demás afiliaciones que se dieron dentro del referido régimen a las AFP Old Mutual y Porvenir, y que la entidad a la que legalmente se encuentra afiliado es a Colpensiones; se condene a la demandada Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero que se encuentran en su cuenta de ahorro individual y a

Colpensiones a recibirlas y actualizar su historia laboral con las cotizaciones realizadas en el régimen de ahorro individual.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, afirmó que se afilió al ISS el 29 de septiembre de 1988, en donde permaneció hasta el 23 de mayo de 1997, cuando se trasladó al Régimen de ahorro individual con solidaridad en cabeza de Colfondos S.A., administradora que afirma no le informó acerca de las implicaciones de trasladarse de régimen, ni la naturaleza propia de dicho régimen de capitalización, ni de los escenarios comparativos de pensión.

Indicó que no fue informada de manera suficiente sobre las consecuencias que para su retiro pensional podría tener el hecho de trasladarse al régimen de ahorro individual y que cuando cumplió la edad de 47 años no fue requerida por las demandadas para recibir información acerca de su futuro pensional.

Señaló que el 29 de enero de 2004 se trasladó a la AFP Sknadia, hoy Old Mutual, y que el 20 de junio de 2011 se trasladó a la AFP Porvenir, administradoras que afirma, tampoco brindaron información acerca del traslado de régimen, ni de las ventajas y desventajas de afiliarse al régimen de ahorro individual.

Una vez notificadas las entidades accionadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Colpensiones indicó que obra dentro del proceso distintos medio de prueba de los que es posible establecer que el traslado del demandante se dio de forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

La AFP Colfondos S.A. adujo en su defensa que sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado de régimen y que en señal de aceptación suscribió el formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de la causal de nulidad, prescripción de la acción, compensación y pago, buena fe, entre otras.

La sociedad Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. adujo que la afiliación del demandante al fondo que administra no obedeció a un cambio de régimen pensional, sino a un traslado de AFP y que por ende las falencias derivadas del cambio de régimen no le son atribuibles. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, pago, entre otras.

Finalmente Porvenir S.A. indicó que el demandante se trasladó de régimen en el año 1997 y que cuando se afilió al fondo que ella administra brindó la información suficiente conforme con los parámetros legales existentes.

Frente las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró nulo e ineficaz el traslado del accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado el 23 de mayo de 1997, lo declaró válidamente vinculado al régimen de prima media con prestación definida, condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual durante el tiempo en que el demandante permaneció en dicho régimen, junto con los rendimiento y gastos de administración y condenó a las Colfondos S.A. y a Old Mutual S.A. devolver a Colpensiones los costos cobrados por concepto de administración.

Para arribar a la anterior determinación señaló que de acuerdo con la línea jurisprudencial trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,

conforme con la cual los fondos tienen la obligación de brindar información clara, veraz y real a cerca de las implicaciones del traslado de régimen; y que en el asunto la demandada AFP Colfondos S.A. no acreditó el cumplimiento de tal obligación, siendo esta su carga probatoria.

Inconformes con la anterior determinación, las demandadas AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A. y Old Mutual S.A., interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colfondos se opuso a la condene impuesta en su contra al considerar en esencia que a pesar de la declaratoria de nulidad de la afiliación no hay lugar a la devolución de los valores de cuotas de administración por cuanto incluso en el régimen de prima media se ha de generar una destinación del 3% del IBC, con el fin de financiar los gastos de administración y la pensión de invalidez y sobrevivencia, porcentaje que fue destinado al régimen de ahorro individual por el propio Legislador con el propósito de financiar no solo los gastos de administración, la prima de reaseguros sino también de Fogafin y las primas de seguros de invalidez y sobrevivencia.

Aduce que el demandante con la afiliación a Colfondos tuvo un favorecimiento respecto de los aportes que realizó, en tanto se le reconocieron unos rendimientos financieros que no obtendría en el régimen de prima media con prestación definida; que además no existe norma que faculte al operador jurídico y que obligue al menoscabo de los derechos de su representada a devolver esos dineros antes indicados pues a la luz del artículo 1747 del Código Civil, en las restituciones mutuas que haya de hacerse los contratantes en virtud de los pronunciamientos será cada cual responsable de

la pérdida de la especie o de su deterioro, de los intereses y frutos de los abono y de las mejoras necesarias útiles o voluptarias tomándose en consideración los casos fortuitos y la posición de buena o mala fe de las partes todo eso según las reglas generales.

De otra parte afirmó que las condena en costas debe ser proporcional a lo demostrado y a lo sufragado en el presente proceso y que en tal sentido el valor que les fue impuesto resulta excesivo y sin justificación.

En similar sentido la apoderada de la demandada Old Mutual S.A. se opuso a la condena relativa a la devolución de las cuotas de administración y las costas del proceso. Para lo cual indicó que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 establece que una parte de esos gastos se destina a pagar la pólizas de invalidez y muerte y la otra parte a suplir los gastos de administración como tal, de ahí que el mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora que expidió dichas pólizas de protección del demandante y por tanto no se encuentran en las arcas de la AFP y que en tal sentido se les estaría sancionado por dar cumplimiento a un precepto de carácter legal.

Por su parte, el apoderado de la demandada Porvenir S.A. adujo de una parte que si bien la jurisprudencia es relevante, de acuerdo con el artículo 230 de la C.N., ésta tan solo es un criterio auxiliar y sobre la misma prevalece la propia Ley, y que en tal sentido debe tenerse en cuenta que el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 establece una prohibición de trasladarse de régimen a las personas que se encontraran a menos de diez años de cumplir la edad de pensión, en aras de proteger un intereses general.

Afirma que si se traslada al momento en que se produjo el traslado, para ese momento no habían aspectos como lo menciona el *aquo* de un buen consejo, porque el mismo surge con una posterior jurisprudencia en la SL31989 de

2008, cuando se analiza un tema donde el demandante ya tenía un derecho adquirido frente a su situación pensional y en ese aspecto no debe darse una aplicación retroactiva de la jurisprudencia mucho menos pues de un aspecto legal y que en todo caso para ese momento la Superintendencia Financiera autorizaba que la asesoría fuera de carácter verbal.

En el mismo sentido aduce que tampoco se tuvieron en cuenta los traslados horizontales, los que a su juicio debe tenerse por ratificada o saneada la nulidad, dado que denota el querer del accionante de seguir perteneciendo al régimen de ahorro individual.

De otra parte, señaló que no es procedente la devolución de los gastos de administración, condena que a su juicio constituye una desproporción y además desconoce un parámetro legal, pues se condena a retrotraer el acto jurídico y se condena a un descuento de gastos de administración, cuando la ley la facultó para efectuarlo y cuando la cuenta de ahorro individual del demandante se ve beneficiada de unos rendimientos financieros que afirma son propios del régimen privado, lo que afirma genera un enriquecimiento sin causa del demandante.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, 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.

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 nulidad 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 y de ser así, si es procedente ordenar la devolución de las sumas que la AFP Colfondos S.A., Old Mutual S.A. y Porvenir S.A. retuvieron por concepto de cuotas de administración.

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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

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 emplearla 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

posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia 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

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 hacia 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."

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.

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 Colfondos S.A. debió consignar en el 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, o a lo sumo explicar las condiciones en que se reconocería el derecho pensional del accionante en dicho régimen y las diferencias que tendría en caso de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se tiene el deber ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar la 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 adoctrino 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 modificar 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 Colfondos 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 contrario a lo que plantea la recurrente 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 es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual y la devolución de los gastos de administración, 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 como al última AFP a la que el accionante se encuentra afiliado es Porvenir S.A, es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros; pero ante la multiplicidad de traslados, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado, las demás administradoras deberán asumir la devolución de las cuotas de administración que percibieron en virtud de la afiliación del demandante; 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.

Admitir una tesis como la que plantean las recurrentes en relación con la posibilidad de retener las cuotas de administración, comporta darle efectos jurídicos al traslado del demandante al régimen de ahorro individual, cuando como se determinó, tal acto devino en ineficaz y el hecho de que se disponga la devolución del saldo de la cuenta incluidos los rendimientos financieros ello en modo alguno comporta un enriquecimiento sin causa por parte del demandante, pues tales sumas deben ser trasladadas es a Colpensiones y no al demandante, a quien en últimas le es indiferente la

existencia de dichos rendimientos de acuerdo con las características del régimen de prima media.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente en relación con el monto de la condena costas, aspecto que cuestiona la apoderada de Colfondos, corresponde indicar que al tenor de lo dispuesto en el artículo 366 del C.G.P. no es esta la oportunidad para cuestionar la suma que se fijó a título de agencias en derecho.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes.

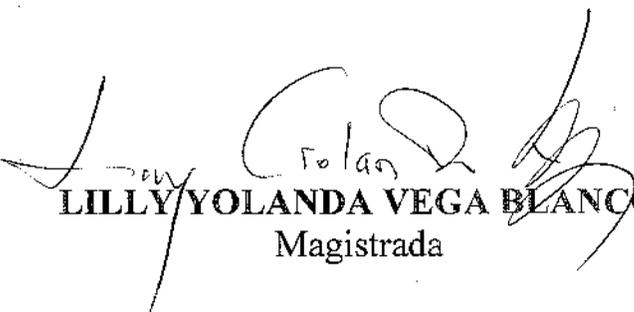
DECISIÓN:

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. MODIFICAR** la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO AUTORIZAR**

a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. - CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **CUARTO.- CONDENAR** en **COSTAS** en ésta instancia a las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., Old Mutual S.A. Pensiones y Cesantías y sociedad Administradora de Fondo Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de \$400.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado
Edus veto parcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de julio de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031 2019 00290 01. Proceso Ordinario de Ruth Marlen Rivera Peña contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de agosto de 2019.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que no es válido por ende es ineficaz el traslado por medio del cual se afilió al régimen de ahorro individual y que el continúa válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a Porvenir S.A. A trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos, y se ordene a ésta última entidad a recibirlos.

Como fundamento de sus pretensiones aduce en esencia que se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 1° de marzo de 1980 en el que permaneció hasta el 31 de marzo del año 2001, cuando se trasladó a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

Indicó que al momento en que se produjo el traslado no se le suministró la información eficaz y completa sobre las condiciones específicas de su situación personal, ni acerca de las implicaciones y los efectos del cambio de régimen pensional.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a todas las pretensiones. Colpensiones adujo en su defensa en síntesis que la afiliación a Porvenir cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe ninguna norma y propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Por su parte, la AFP Porvenir S.A. indicó que el traslado de régimen de la demandante se efectuó de conformidad con lo que para el efecto establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 694 de 1994 y que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción de la acción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, compensación y buena fe.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda, al considerar en esencia que al proceso se incorporó el formulario de afiliación con el que a su juicio se acredita el cumplimiento de lo dispuesto en el literal B del artículo 13 de la Ley 100 de

1993 así como de las formalidades establecidas para que éste traslado de régimen fuera válido.

Aduce que el referido formulario se encuentra suscrito por la demandante en señal de aceptación y que en él se dejó la anotación de que había sido asesorada sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de su decisión.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, que fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado del demandante solicitó se revoque la decisión de primer grado al considerar que contrario a lo que consideró la juez de primer grado, no existe ningún documento que pruebe que al momento del traslado se hubiere suministrado información adicional y que tampoco tuvo en cuenta que de acuerdo con las declaraciones vertidas dentro del proceso, la asesoría brindada duró entre 3 y 5 minutos, motivo por el que a su juicio resulta apresurado señalar que se cumplieron las formalidades relativas al asesoramiento.

Agregó que el deber de gestión de las administradoras ha existido desde el mismo momento en que se expidió la Ley 100 de 1993, que así quedó consignado en la sentencia radicado con el número 68.852, en donde se reiteró que la información no puede ser genérica ni de dos ni tres ni cinco minutos, y que tienen esa obligación en todas las etapas del proceso de, desde la antesala de la afiliación hasta el disfrute de la prestación pensional.

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 nulidad 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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición

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

que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, contrario a lo que concluyó la servidora judicial de primer grado, 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

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 prestaciones 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 hacia 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."

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.

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 la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el 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, o a lo sumo explicar las condiciones en que se reconocería el derecho pensional de la accionante en dicho régimen y las diferencias que tendría en caso de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

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, considera la Sala oportuno señalar en este punto, que la máxima Corporación de Justicia Laboral 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”, motivo por el que se ha de declarar la ineficacia del traslado.

En las condiciones analizadas, la Sala declara 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, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional para que se declare la ineficacia y no podría hacerlo si se tiene en cuenta que el deber de información lo tienen las administradoras de fondos de pensiones sin distinción de la condición de sus afiliados y desde la creación de las mismas AFP.

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 AFP Porvenir S.A quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos 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.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en primera instancia a cargo de la demandada 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. REVOCAR** la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A. **SEGUNDO.- CONDENAR** a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido

con motivo de la afiliación de la demandante. **TERCERO.- ORDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida. **CUARTO.- AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO.- COSTAS** en primera instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y 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

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

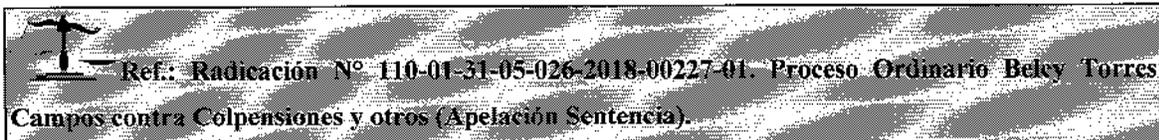
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-3105 026 2018 00227 01. Proceso Ordinario de Beley Torres Campos contra Colpensiones y otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada Porvenir S.A, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de junio de 2019; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad del traslado a la AFP Colmena hoy Protección S.A. y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP Porvenir S.A a trasladar a Colpensiones los aportes realizados en su favor desde que se



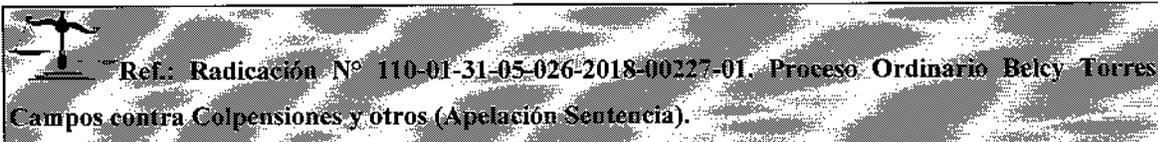
afilió al régimen de ahorro individual con solidaridad, y se ordene a Colpensiones a contabilizar para los efectos de pensión, las semanas cotizadas al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En lo que interesa al trámite de la alzada, como sustento de sus pretensiones, afirmo que se afilio al régimen de prima media con prestación definida que hoy administra Colpensiones en el año 1984 hasta 1999 cuando efectuó su primer traslado a la AFP Colmena hoy Protección S.A, entidad que afirma no la asesoró con respecto a la diferencias entre uno u otro régimen, ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad y las implicaciones sobre sus derechos pensionales.

Indicó que posteriormente en el año 2000 se trasladó a la AFP Porvenir en donde afirma obtendría una mesada pensional de \$737.717, al cabo que en Colpensiones obtendría una mesada pensional de \$2.074.059 ambas a partir del año 2017.

Una vez notificadas las demandadas dieron respuesta a la demanda en oposición a todas las pretensiones. Porvenir propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

La demandada Protección S.A propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio del consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, y prescripción.



Por su parte Colpensiones propuso las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

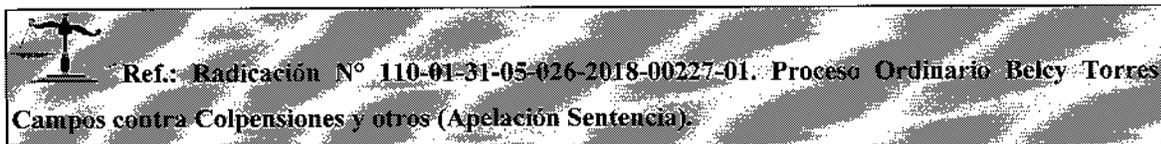
Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de agosto de 1999, condenando a Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante junto con los rendimientos causados, bonos pensionales e intereses sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, y asimismo condenando a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar las semanas cotizadas para efectos pensionales.

Para arribar a la anterior conclusión consideró en esencia que la demanda Colmena hoy Protección S.A incumplió con el deber de información al omitir poner en conocimiento que perdería los beneficios de pertenecer al régimen de transición por tener más de 35 años para la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, las ventajas y desventajas del traslado al RAIS, así como la comparación de las prestaciones económicas de uno a otro régimen, al no comprobar que el consentimiento fue libre y voluntario al trasladarse de régimen pensional.

Inconforme con la anterior determinación, Porvenir S.A, interpuso recurso de apelación, que fue concedido en la oportunidad legal correspondiente.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión al sustentar que no debe declararse la ineficacia del acto en virtud de que no debe aplicarse la jurisprudencia por cuanto la demandante no pertenece al régimen de



transición por no tener 750 semanas cotizadas ni tenía una expectativa legítima a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, además de establecer que no se evidenció la existencia de vicios del consentimiento, de la misma manera adujo que en todo caso no deben descontarse gastos de administración ni imponérsele la condena en costas por cuanto esa carga solo se le está imponiendo a su representada y no a Protección quien efectuó el traslado.

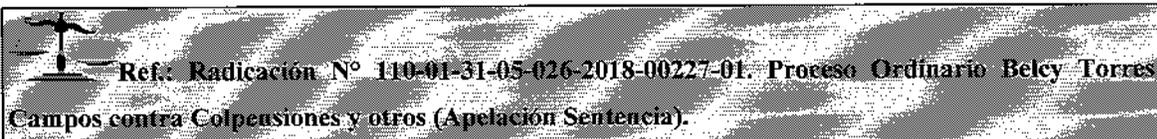
GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad 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 y de ser así, si la demandada Protección S.A se encuentra obligada a trasladar el valor de las cuotas de administración.



Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado 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 afiliarse.

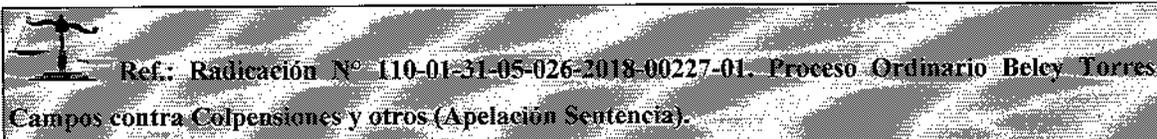
Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹,

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 emplearla 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 adocinado 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 hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende

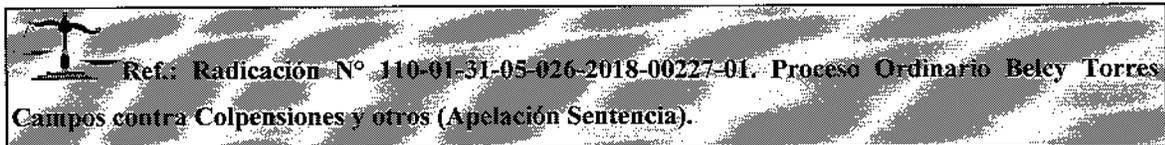


posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, 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, en realidad fue deseo del afiliado aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones, por lo que no era la demandante quien tenía que demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento, sino de las AFP de evidenciar que existió la voluntad informada.

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.

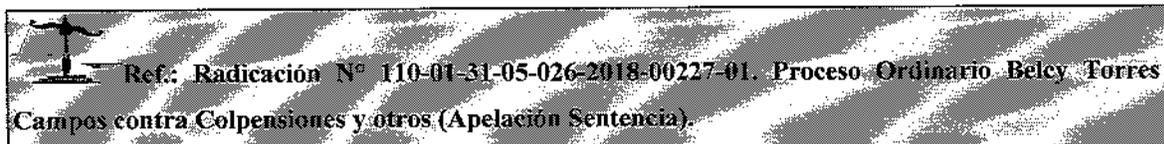
En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la 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."



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 AFP Colmena hoy Protección S.A. debió consignar en el 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, o a lo sumo explicar las condiciones en que se reconocería el derecho pensional de la accionante en dicho régimen y las diferencias que tendría en caso de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida.

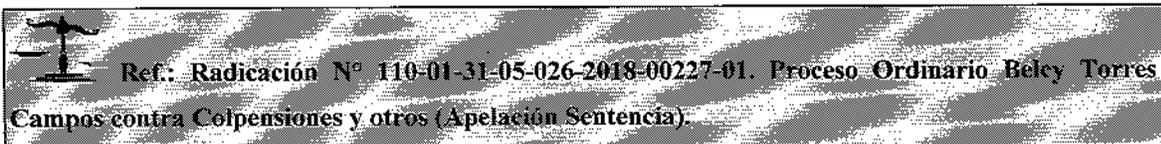
Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la 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 de la ineficacia 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 mantener 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 Protección S.A y en consecuencia a 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 beneficiaria del régimen de transición, pues contrario a lo que insinúa la recurrente, los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establece alguna clase de supuesto diferente adicional y no podría hacerlo si se tiene en cuenta que el deber de información lo tienen las administradoras de fondos de pensiones sin distinción de la condición de sus afiliados y desde la creación de las mismas AFP.

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; sin embargo como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, sin embargo, como las cosas vuelven a su

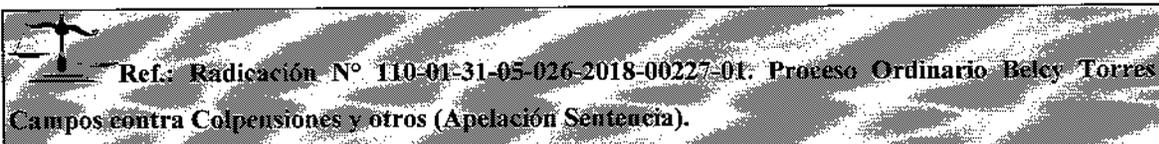


origen la AFP Protección S.A. cuenta con la obligación de trasladar a Colpensiones los valores que descontó por concepto de gastos de administración y así mismo en virtud de dicha consecuencia deberá Colpensiones efectuar el cómputo de las semanas cotizadas respecto de los aportes realizados por la accionante, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, se reitera, que si bien la apoderada de Porvenir S.A afirmó que el deber de información se brindó al momento de efectuarse la afiliación de la demandante, también lo es, que dicho afirmación se queda sin sustento probatorio alguno, ello con ocasión de la inversión de la carga de la prueba y con la falta de su deber legal consagrada en el artículo 167 del C.G.P., por lo que debió acreditar su dicho.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas en ambas instancias a cargo de las AFP Protección S.A. y de Porvenir S.A., y sin lugar a su imposición en esta instancia.



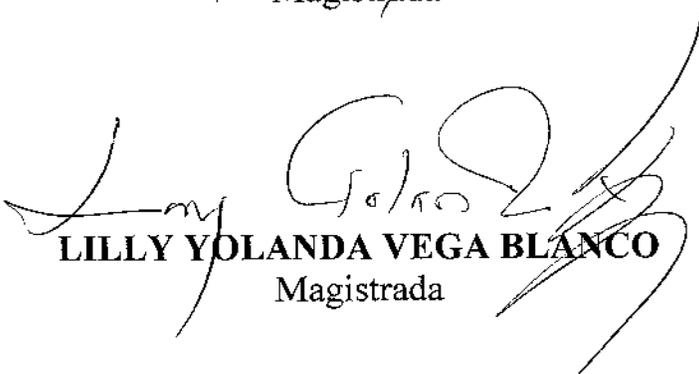
DECISIÓN:

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: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO.- CONDENAR** a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los valores que descontó por concepto de gastos de administración **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. COSTAS** en ambas instancias a cargo la Porvenir S.A. y Protección S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000,00.

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 agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref: Radicación N° 11-001-31-05-022-2016-00452-01. Proceso Ordinario de María Leticia Herrera contra el Servicio Nacional de Aprendizaje – SENA (Consulta de sentencia).

En Bogotá D. C., 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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta contra la sentencia absolutoria proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de julio de 2018.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo a partir del 18 de mayo de 1992, así como que la demandante es beneficiaria de la prima de localización por ser beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el SENA y SINTRASENA, la cual debe ser concedida de conformidad con lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 1014 de 1978 y 8° del Decreto 415 de 1979; y que como consecuencia de

las anteriores, se condene a la reliquidación de la prima de localización cancelada, al igual que a la reliquidación de las prestaciones sociales legales y convencionales adeudadas a favor de la demandante, producida con ocasión de la reliquidación de la prima de localización. En el mismo sentido, se proceda a cancelar la diferencia que surja en el Sistema General de Seguridad Social en salud y pensión, lo anterior, a partir del 18 de mayo de 1992.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que labora para la encartada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 18 de mayo de 1992, por lo que es beneficiaria de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el SENA y la asociación sindical SINTRASENA, teniendo derecho al pago de la prima de localización; que a los empleados públicos del SENA se les concede la mentada prestación con un incremento del 20% anual, mientras que a los trabajadores oficiales, se les concede de forma anual con un incremento equivalente a 8.5 días de salario mínimo legal mensual vigente; que las cláusulas de la Convención Colectiva fijaron una denominada como de mayor favorecimiento, no obstante, la demandada no aplica la misma para el reconocimiento de la prima de localización, por lo que la actora percibe una cuantía inferior por tal concepto, respecto de los empleados públicos de la entidad, pese a los múltiples requerimientos elevados de forma verbal y escrita; que el concepto de prima de localización es un factor constitutivo de salario.

De igual forma, afirmó que la Coordinadora del Grupo de Conceptos Jurídicos y Producción Normativa de la entidad, dejó sentado que la prima de localización era factor constitutivo de salario, así como que el SENA ha aplicado la cláusula de mayor favorecimiento para los conceptos de aumento salarial de trabajadores oficiales y prima de navidad; que el 28 de abril de 2016 presentó reclamación administrativa

ante la demandada, la que fue desatada mediante escrito del 29 de junio de 2016.

El aquo negó las pretensiones de la demanda, señalando que el régimen legal aplicable tanto para los empleados públicos, como para los trabajadores oficiales era diferente, esto teniendo en cuenta que el vínculo que unía a los primeros era mediante un contrato de trabajo, mientras que a los segundos era por una relación legal y reglamentaria. Frente a la prima de localización, adujo que las fuentes de tal derecho encontraban su fundamento una de ellas en la convención colectiva de trabajo, mientras que la segunda en los decretos expedidos para los empleados públicos, situación por la cual no se podía igualar a los diferentes empleados del SENA.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo anterior, no hubo controversia en que la demandante se encuentra vinculada al SENA a través de contrato de trabajo desde el 18 de mayo de 1992 como *Aseadora Grado 10* en la Regional Antioquia en el Centro tecnológico Agroindustrial, Pecuario y Turístico de Apartadó; así como que es beneficiaria de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el Servicio Nacional de Aprendizaje -SENA y el Sindicato de trabajadores oficiales del SENA, al igual que por prestar sus servicios en la regional ya indicada percibe un beneficio convencional denominado como prima de localización, argumentos que se reiteran con la certificación expedida por la *Coordinadora del Grupo de Apoyo Administrativo del Sena Regional Antioquia*¹.

¹ Cfr. Fl. 8.

De acuerdo con lo anterior, el problema jurídico a resolver se centra en establecer si es procedente o no dar aplicación a la cláusula de mayor favorecimiento para conceder la prima de localización que devengan los empleados públicos del Servicio Nacional de Aprendizaje.

En ese orden de ideas, debe establecerse en primera medida que la prima de localización se fijó en el artículo 92 del convenio colectivo, en el que pactó un pago mensual equivalente a 8.5 días de salario mínimo legal mensual vigente en la regionales establecidas por el SENA con tal beneficio².

Por su parte, la prima de localización se ordenó para los empleados públicos, mediante los artículo 20 y 8° de los Decretos 1014 de 1978 y 415 de 1979 respectivamente, en la que se fijó tal beneficio, pero con ocasión de la prestación del servicio ya fuera en el Centro Náutico y Pesquero de Buenaventura, en la ciudad de Barrancabermeja, en el Departamento del Chocó, en la Región del Urabá, así como en los Departamentos del Cesar, Guajira o en Centros Fijos de la entidad en el Territorio Nacional, disponiendo un pago mensual por la suma de \$1.500 mensuales la cual se incrementaría en un 20% de forma anual.

De acuerdo con lo anterior, el artículo 82 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el SENA y el Sindicato de Trabajadores Oficiales del SENA, dispone:

“CLÁUSULA DE MAYOR FAVORECIMIENTO

En caso de que el Ejecutivo, el Congreso o el SENA decreten alza en los salarios, establezcan o incrementen cualquier prestación social en favor de los empleados al servicios de la Entidad o del Estado, que se hagan extensivos a

² Cfr. Fl. 55.

los empleados al servicio del SENA, la Entidad aumentará éstos en la diferencia porcentual que se presente a favor de sus trabajadores oficiales, siempre y cuando que los aumentos pactados para la vigencia de la presente Convención Colectiva, sean inferiores a los decretados por el Gobierno para el mismo año”.

Atendiendo la cláusula anterior, se advierte que para que la misma pueda ser aplicada, se hace necesario que el Ejecutivo, el Congreso o la misma entidad, establezcan o incrementen prestaciones a favor de los empleados públicos, en mayores porcentajes o cuantías a las fijadas en la Convención Colectiva de Trabajo, situación que no fue acreditada por la demandante, teniendo en cuenta que esta, tan sólo pretende la aplicación retroactiva de los Decretos 1014 de 1978 y 415 de 1979, sin acreditar, que se hayan dado los presupuestos contemplados en dicha disposición de orden colectivo, situación más que suficiente para confirmar la decisión absolutoria del juzgador de primer grado.

Aunado a lo anterior, debe indicarse que esta Sala de igual forma comparte la posición del aquo, en el entendido que no es posible dar aplicación a beneficios legales y extra legales que ostenten los empleados públicos a favor de los trabajadores oficiales, o viceversa, teniendo en cuenta la naturaleza de su relación contractual con el Estado, esto atendiendo a un régimen prestacional distinto entre los servidores públicos, situación que refuerza la decisión confirmatoria del fallo de primera instancia, advirtiendo en igual sentido, que se hace imposible aplicar de forma retroactiva el concepto de la *PRIMA DE LOCALIZACIÓN* que se encuentra en el artículo 82 de la Convención Colectiva de Trabajo a partir del momento en que se realizó la contratación de la demandante, esto es, a partir del 18 de mayo de 1992, como quiera, que el Acuerdo Colectivo se suscribió para una vigencia por el período comprendido entre el 1° de enero de 2003 y el 31 de

diciembre de 2004, sin que se advierta la existencia de otro acuerdo entre las partes.

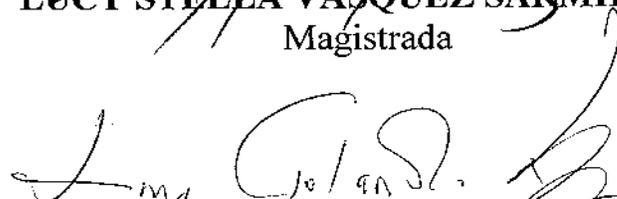
Bastan en consecuencia las anteriores consideraciones para confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia. Las costas de primer grado quedan a cargo de la parte activa y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

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: CONFIRMAR** la sentencia consultada, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. Costas de la primera instancia a cargo de la parte demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

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 agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-022-2011-00325-02. Proceso Ordinario de Luz Yadet Bernal Galindo contra La Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Bogotá D.C., el Departamento de Cundinamarca y la Beneficencia de Cundinamarca (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 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 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 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de diciembre de 2017.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Fundación San Juan de Dios entre el 1° de octubre de 1995 y el 11 de agosto de 2006, que tuvo derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales convencionales pactadas entre su empleadora

y la organización sindical SINTRAHOSCLISAS y que operó el fenómeno de la sustitución de empleadores; se condene a las demandadas en forma solidaria al pago de los salarios no pagados en su totalidad entre septiembre de 2005 y 11 de agosto de 2006 de acuerdo con el aumento acordado en la Convención Colectiva celebrada el 26 de marzo de 1998, el reconocimiento del reajuste salarial equivalente al 18,5% anualmente de los años 2000 a 2006; y como consecuencia de ello se les condene de igual forma a la reliquidación y pago de la prima proporcional de navidad, cesantías, intereses a las cesantías, primas de vacaciones; así como el reconocimiento de la indemnización moratoria por la no cancelación de los factores salariales, la sanción por el retardo en la cancelación de los intereses a las cesantías, la sanción por no cancelación de las cesantías y la prima de antigüedad reconocida convencionalmente, y al pago de los aportes al sistema general de pensiones.

Como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que la Fundación San Juan de Dios es una entidad privada cuyos estatutos y reglamentación aparecen consagrados en los Decretos 290 y 1374 de 1979 y 371 de 1998, los cuales declaró nulos el Consejo de Estado mediante sentencia que adquirió firmeza el 14 de junio del año 2005, razón por la cual la Fundación San Juan de Dios dejó de tener sustento jurídico y como consecuencia de ello, se suscribió Acuerdo Macro en virtud del cual se decidió adoptar la liquidación de la Fundación San Juan de Dios.

De otra parte indicó que suscribió contrato de trabajo con la Fundación San Juan de Dios el 1º de octubre de 1995 cuando ingresó al Instituto Materno Infantil como Auxiliar de Trabajo Social Diurna, y que dicho vínculo se prolongó hasta el 11 de agosto de 2006, cuando se declaró su

insubsistencia por parte de la liquidadora de la Fundación San Juan de Dios.

Afirmó que como empleada de la Fundación San Juan de Dios se encontraba cobijada por las Convenciones Colectivas de Trabajo que ésta institución celebró con la organización sindical SINTRAHOSCLISAS, en las que se consagraron entre otros derechos la prima de antigüedad, prima de navidad, auxilio de cesantías, subsidio familiar, prima de riesgos, prima de vacaciones, compensación de vacaciones en dinero y auxilio de transporte.

Indicó que su empleadora dejó de cubrir las primas de antigüedad y alimentación, así como el auxilio de transporte, la prima proporcional del año 2006, las primas de vacaciones de los años 2001 a 2006, las cesantías definitivas y los intereses a las cesantías, a pesar de que cumplió sin interrupción alguna con la obligación de asistencia a la Institución.

En el mismo sentido aduce que su empleadora dejó de realizar los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, y que no incrementó anualmente su salario en un porcentaje del 18,5% como se había pactado en la Convención Colectiva de Trabajo del 26 de marzo de 1998.

Una vez notificadas las demandadas Bogotá D.C., Departamento de Cundinamarca y Beneficencia de Cundinamarca dieron respuesta oportunamente a la acción en oposición a las pretensiones de la demanda.

Bogotá D.C. básicamente adujo en su defensa que con ocasión a la declaratoria de los decretos con los que se reconoció personería jurídica a la Fundación San Juan de Dios perdieron fuerza ejecutoria y allí se precisó que la misma era un establecimiento público del orden

departamental, cuyos servidores por regla general solo se vinculan como trabajadores oficiales quienes desempeñan funciones de construcción y mantenimiento de una obra pública y que en razón a ello la demandante ostentó la condición de empleada pública. Propuso en su defensa las excepciones de falta de jurisdicción, falta de competencia, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción entre otras.

El Departamento Cundinamarca adujo que no es el llamado a responder por las supuestas deudas a la demandante, pues la Fundación San Jun de Dios no hace parte del referido ente territorial y porque además tampoco tuvo alguna clase de vínculo laboral con la demandante. Propuso en su defensa las excepciones de falta de jurisdicción y competencia, prescripción, falta de legitimación en la causa, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de relación causal entre el Departamento de Cundinamarca y la demandante, entre otras.

Por su parte la Beneficencia de Cundinamarca adujo que la sentencia del Consejo de Estado en ningún momento estableció la figura de la sustitución patronal ni le impuso las consecuencias que pretende derivar la demandante y que la Beneficencia forma un ente totalmente independiente a la Fundación San Juan de Dios. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, improcedencia de la aplicación de la convención colectiva.

La *aquo*, profirió sentencia en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia la declaratoria de

nulidad de los decretos de la Fundación San Juan de Dios por parte del Consejo de Estado tiene efectos *ex tunc* y ello implica que el personal que prestaba servicios a la Fundación San Juan de Dios se guía bajo la norma general de ser empleados públicos y solo por excepción trabajadores oficiales; y que en el caso objeto de estudio el cargo que ostentó la demandante no son de aquellos que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 10 de 1990 desarrollan los trabajadores oficiales.

Sostuvo que en gracia de discusión si se declarara la existencia de un contrato de trabajo los derechos laborales reclamados se encuentran prescritos puesto que el vínculo laboral finalizó el 11 de agosto de 2006 y la reclamación administrativa se produjo tan solo en el año 2011, esto es, vencido el término trienal.

Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación, el cual le fue concedido en el efecto suspensivo

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce el recurrente en primer término en esencia que el término de prescripción no debe contabilizarse desde la fecha de terminación del vínculo laboral sino desde la fecha de la sentencia SU-484 de 2008 en donde se establece la responsabilidad de las entidades acá demandadas por las acreencias laborales de las personas que prestaron servicios a la Fundación San Juan de Dios, y que bajo tal entendimiento, ninguno de los derechos laborales reclamados se encuentra prescrito.

De otra parte sostiene, que los actos administrativos surten efectos desde su expedición y se encuentran regidos por el principio de legalidad, el cual se encuentra salvaguardado por el artículo 65 del C.A.A., el que afirma ha sido soslayado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pues a su juicio le otorga un carácter absoluto a los efectos retroactivos del fallo proferido por el Consejo de Estado, y no lo son debido precisamente a la existencia del principio de presunción legalidad de tal manera que los actos administrativos que produjeron efectos individuales no pueden ser anulados, por la supuesta retroactividad de los fallos de lo contencioso.

Afirma que de no ser así, aquellas personas que fueron beneficiarias de prestaciones convencionales al haber prestado servicios a la Fundación San Juan de Dios, como los pensionados, se les tendría que pedir que devuelvan las mesadas recibidas, so pretexto de los efectos retroactivos del fallo del Consejo de Estado; Corporación ésta última que señala el recurrente, luego de la expedición de la nulidad de los actos que crearon la Fundación San Juan de Dios en providencia del 3 de noviembre del año 2006, manifestó que los efectos retroactivos de su fallo del 8 de marzo de 2005 no eran absolutos y que habría que respetar los derechos ya adquiridos y que en tal sentido como la demandante ingresó a laborar en el Instituto Materno Infantil en el año 1996, cuando las normas que crearon la Fundación San Juan de Dios se encontraban vigentes y por ello la naturaleza jurídica de su vinculación fue un derecho adquirido y en virtud del mismo percibió una serie de prestaciones económicas convencionales.

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

CONSIDERACIONES

En virtud de los argumentos expuestos al interponer el recurso de apelación, acorde con lo establecido en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala en esta instancia se circunscribe a determinar en primer término si es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la Fundación San Juan de Dios y de ser así, si las entidades demandadas se encuentran obligadas al pago de las acreencias laborales que reclama.

Con tal propósito, comienza la Sala por recordar que de acuerdo con criterio pacífico e inveterado de la máxima Corporación de Justicia Laboral, la afirmación en la demanda acerca de la existencia de un contrato de trabajo, es suficiente para que el juez del trabajo asuma la competencia para conocer del proceso, criterio expuesto entre otras en sentencia proferida el pasado 13 de abril de 2016, dentro del radicado 47.695¹; de tal manera que ante la afirmación de la parte actora relativa a la existencia de un vínculo laboral es suficiente para que la Sala asuma el conocimiento del presente asunto.

Ahora bien, ante el cuestionamiento de la naturaleza jurídica del vínculo que unió a las partes, pues contrario a lo que consideró la servidora judicial de primer grado, la parte actora insiste que en virtud del principio de legalidad de los actos administrativos así como del respeto a los derechos adquiridos, la demandante es una trabajadora particular, corresponde a la Sala indicar que tanto la Sala Laboral de la Corte

¹ “En sentencia CSJ SL10610-2014, reiterada en CSJ SL17470-2014, la Corte señaló que en eventos como el que acá se estudia, « la competencia de la jurisdicción ordinaria laboral viene dada desde que el promotor del proceso en la demanda inicial afirma que tiene una relación laboral regida por un contrato de trabajo (ficto-presunto o expreso) con una entidad u organismo de la administración pública», de manera que es el demandante quien provoca o activa la competencia de esta jurisdicción al asegurar que su relación está regida por un contrato de trabajo”

Suprema de Justicia como la propia Corte Constitucional coinciden en señalar que con ocasión a los efectos de la declaratoria de la nulidad de los Decretos 290 del 15 de febrero de 1979, 1374 del 8 de junio de 1979 y el 371 del 23 de febrero de 1998 expedidos por el Gobierno Nacional, la Fundación San Juan de Dios entidad regresó a la naturaleza jurídica que tenía como establecimiento público perteneciente a la Beneficencia de Cundinamarca y adscrito al Sistema Nacional de Salud, y como consecuencia de ello el personal que prestaba servicios para la misma varía la naturaleza jurídica de su vínculo.

Al respecto la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia SL 5170 de 2017, con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, reiterada en forma más reciente, entre otras en la sentencia SL 704 de 2020, al analizar el alcance de la determinación acogida por el Consejo de Estado indicó:

“Al tenor de lo visto, evidentemente el Tribunal incurrió en el yerro de apreciación jurídica que le enrostra el cargo, pues estando definido por el juez límite de lo contencioso administrativo, en la sentencia citada por el primer funcionario de juzgamiento, que los trabajadores de la fundación demandada, deben asumirse como servidores públicos de la Beneficencia de Cundinamarca, no podía rebelarse contra ese precedente, disponiendo lo contrario en relación con la demandante, al considerarla como trabajadora del sector privado, con fundamento en que en la Resolución 10869 del 6 de diciembre de 1979, el Ministerio de Salud le había reconocido a la fundación demandada la condición de persona jurídica de derecho privado, máxime si se tiene presente que en el mismo proveído, el Consejo de Estado dejó sentado que la nulidad de los decretos arriba mencionados, ‘trae como consecuencia jurídica el decaimiento o pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo de reconocimiento de personería, a la luz de lo consagrado en el artículo 66, numeral 2, del C.C.A.’, razonamiento de autoridad que deja ver que en la sentencia gravada con el recurso extraordinario, el juzgador le otorgó efectos a un

acto de la administración que ya había sido sustraído del ordenamiento jurídico por la autoridad jurisdiccional investida de competencia para hacerlo.”

Por su parte la Corte Constitucional en la sentencia T-121 de 2016 señaló:

“3.6.1.4. En consideración a lo expuesto, la pregunta que debe entonces responder la Sala es la siguiente: ¿Se modifica la naturaleza de las vinculaciones laborales de los trabajadores del Hospital San Juan de Dios, con la sentencia del Consejo de Estado que anuló los Decretos que establecían su carácter de fundación - persona jurídica de derecho privado-. Lo anterior, en consideración a sus efectos ex tunc?”

3.6.1.5. Sea lo primero señalar que tanto la doctrina como la jurisprudencia han asumido una postura uniforme frente al tema. La modificación de la naturaleza jurídica de una entidad oficial altera inmediatamente la del servidor público. Aquí opera una modificación ipso facto. Las normas que consagran la naturaleza del vínculo de los servidores del Estado, tienen un efecto general e inmediato, y no existe el derecho adquirido de pertenecer indefinidamente a una de estas categorías, se trata de situaciones que pueden ser modificadas. No puede pretenderse que se cambie la naturaleza de una entidad, y la de los cargos, no obstante lo cual prime el interés particular sobre el general.

3.6.1.6. Así las cosas, al declararse la nulidad de los Decretos que consagraban la naturaleza jurídica particular de la entidad hospitalaria, se retrotraen las cosas al estado anterior y, en consecuencia, el Hospital San Juan de Dios, como se viene afirmando, asume la condición de establecimiento de Salud del orden departamental, de conformidad con las prescripciones del Decreto 01357 de 1974. Al ser una entidad del orden departamental, resultan aplicables las normas que regulan la naturaleza de los trabajadores de entidades territoriales del sector salud, las cuales son: el Decreto 3135 de 1968, artículo 5° en concordancia con los artículos 194, 195 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 10 de 1990, normas vigentes durante el transcurso de la vinculación laboral.

De acuerdo con el criterio reseñado, el que constituye doctrina probable, y por ende de obligatoria aplicación al no advertirse la existencia de fundamentos que permitan separarse de ella en forma clara y razonada; ningún reparo merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado al considerar que el vínculo jurídico que unió a la demandante con la Fundación San Juan de Dios no estuvo regido por un contrato de trabajo.

En efecto, dado que se encuentra acreditado con la certificación emitida por el Instituto Materno Infantil el 9 de marzo de 2009², la demandante se vinculó como Auxiliar de Trabajo Social desde el 1° de octubre de 1995 hasta el 11 de agosto de 2006 y en esas condiciones, no es procedente declarar la existencia del contrato de trabajo que se reclama, pues el mismo no se ubica dentro de alguna de las excepciones que establece el artículo 26 de la Ley 10 de 1990, esto es, mantenimiento de la planta física hospitalaria.

En las condiciones analizadas como las demás pretensiones de la demanda se soportan sobre la existencia de un contrato de trabajo, y tal como también lo ha adocinado la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia del 13 de abril de 2016 dentro del radicado 49315, la inexistencia del contrato de trabajo impide la aplicación de la Convención Colectiva; no resta a la Sala más que confirmar la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado en tal sentido, sin que resulte necesario abordar el estudio de la prosperidad de la excepción de prescripción.

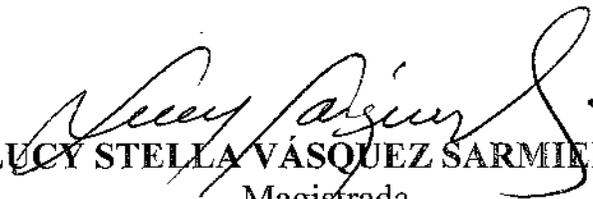
Hasta aquí el estudio de la Sala, costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente.

² Cfr fls 39 y 40

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 22 Laboral del Circuito de esta ciudad, pero por las razones expuestas en la parte motiva. Costas a cargo de la demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$100.000,00.

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 agosto de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-033-2018-00022-01. Proceso Ordinario Maria Cristina Molano Rueda contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados 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 de Decisión, la declaró abierta y procede en forma oral a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las accionadas frente a la sentencia condenatoria proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de agosto de 2019. Así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada Colpensiones 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.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demanante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad ante el incumplimiento de los deberes legales de información y que como consecuencia de ello se

encuentra válidaente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la AFP Colfondos S.A. a registrar en el sistema de información de los fondos que su afilaición estuvo al régimen de ahorro individual con solidaridad estuvo viciada de nulidad y/o ineficacia y a trasladar la totalidad del capital acumulado en dicha cuenta junto con los rendimientos, gastos de administración demás, y se condene a Colpensiones a activar su afiliación.

Como sustento de sus protecciones como hechos relevantes expuso que se afilió al régimen de prima media con prestación definida administrado por el extinto ISS el 15 de febrero de 1985, en el que permaneció hasta el mes de agosto de 1995 cuando al ser persuadida por la AFP Colfondos, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, sin que se le informara la naturaleza y características de dicho régimen, ni que su pensión se iba financiar con los ahorra en una cuenta individual, ni las condiciones y requisitos legales que debería cumplir en el mismo para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez, así como las consecuencias, ventajas y desventajas que acarreaba su traslado de régimen.

Una vez notificadas las entidades demandadas dieron respuesta a la acción en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo en esencia que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal para cambiarse de régimen y propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, entre otras.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías adujo en defensa, de un lado que la demandante no cumple con los supuestos establecidos por la Corte Constitucional para trasladarse de régimen y de otro, que no se evidencia un error que condujera a una determinación equivocada. Propuso



en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios del consentimiento que generen nulidad, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante del régimen de prima medial al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la administradora de pensiones y cesantías Coldondos S.A., sociedad a la que ordenó el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, intereses, aportes voluntarios, cuotas de administración y demás dineros recibidos con ocasión a la afiliación, y le ordenó a Colpensiones recibir el traslado y reactivar su afiliación.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia acogiendo el criterio sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y lo establecido en los Decretos 633 de 1993, 656 y 692 de 1994, a los fondos de pensiones les corresponde el deber de asesorar o de suministrar la información al usuario y que tal deber de información no puede suplirse con el consentimiento que se vierte en el formulario de afiliación y que era carga probatoria del fondo acreditar la asesoría brindada, que en el asunto no cumplió.

Inconforme con la anterior determinación, los apoderados de las demandadas COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. interpusieron recurso de apelación, el cual les fue concedido.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Solicitan los apoderados de las partes se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada para lo cual aduce en

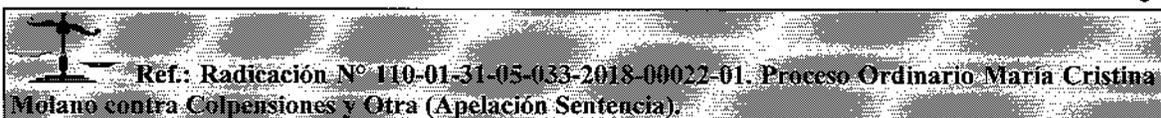


esencia que el error dentro de la doctrina se hace manifiesto cuando una persona al acreditar recibir un servicio o adquirir un bien y éste bien es totalmente contrario a lo que cree que está adquiriendo, pero que en el presente asunto no existe error por no conocer las características propias del régimen, máxime cuando en estos casos se está ante un negocio de carácter mercantil y como tal tiene que obedecer justamente a las directrices del mercado, y que en tal sentido no se puede desconocer el negocio al no obtener los beneficios esperados, pues éste como todo negocio es un riesgo.

Agrega a lo anterior que la demandante tuvo todas las opciones para salir del presunto error del cual fue víctima, teniendo en cuenta que fue en el año 1995 cuando sucedió su traslado, pero es tan solo hasta en el año 2018 en que suscita el interés por conocer y tener la seguridad y suplir las dudas ya cuando han transcurrido más de 20 años, motivo por el que no se puede premiar su negligencia.

Aduce que se deben tener en cuenta los criterios jurisprudenciales bajo los principios constitucionales que operan en un Estado Social de Derecho y no por el albor popular, ni dar aplicación retrospectivos a un criterio del año 2010 cuando en el asunto el traslado se produjo en el año 1995.

A su vez el apoderado de la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías aduce que la selección realizada por la demandante fue voluntaria, que suscribió el formulario motivada por lo atractivo del régimen privado al pensionarse anticipadamente y de esa forma lo reconoció ésta al absolver interrogatorio de parte.



En relación con la aplicación del criterio jurisprudencial aduce que no constituye un precedente judicial no es pacífico pues existen salvamentos de voto.

Afirma que cumplió con el deber de información y que con la asesoría que se brindó a la demandante no se le causó ningún perjuicio, dado que la consolidación de la mesada pensional depende de factores que suceden a lo largo del tiempo, que dependen de los afiliados de acuerdo con lo establecido en la normatividad vigente y esta mesada en uno o en otro régimen se consolida por las cotizaciones que haga el afiliado, por la densidad de ellas y una serie de factores que no fueron establecidos a capricho de su representada.

Aduce que para la época de la afiliación su representada no estaba obligada a presentar ninguna proyección de la pensión por medio de sus asesores y adicionalmente es claro que el ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los aportes varió en el tiempo por la diferencia en el salario que obtenía en cada uno de los trabajos que tuvo.

Indica que no desconoce el deber de información que le asiste, sin embargo solicita se tenga en cuenta la evolución de tal deber de acuerdo con sus diferentes etapas y que en el momento histórico en que se produjo el traslado no tenía la obligación dejar constancia de las circunstancias en que se realizaba la asesoría.

De otra parte, aduce que si lo que se declara es la ineficacia del traslado y que las consecuencias del mismo es devolver las cosas a su estado en que se encontraban, la demandante no tendría derecho a los rendimientos que recibió en el tiempo que permaneció en el fondo privado, dado que al seguir en el RPM donde estaba, allí no le dan esos rendimientos y que en consecuencia,



tambien ha de declararse la ineficacia de los contratos conexospar proteger a la demandante de las contingencias de a invalidez muerte.

GRADO JURIDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primer grado resulta adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento 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 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 afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, 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; sin que contrario a lo que plantea el apoderado de Colpensiones, tenga alguna injerencia el hecho de que los referidos criterios sean posteriores a la fecha en que se produjo el traslado de régimen de la demandante, pues la jurisprudencia es una criterio

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).



interpretativo de la ley y los efectos a que hace alusión el referido recurrente son frente a la aplicación de la ley en el tiempo.

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, 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, contrario a lo que plantea el apoderado de Colpensiones, 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, en el sentido que son los



hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. debió consignar en el 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 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 consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos 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.

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 Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, razón por la que no resulta de recibo el argumento relativo a la retención del valor correspondiente a los rendimientos financieros que plantea el apoderado de Colfondos; así mismo en virtud de dicha consecuencia deberá Colpensiones efectuar el cómputo de las semanas cotizadas respecto de los aportes realizados por la accionante, fundamentos por los cuales se ha de confirmar la decisión de primer grado.

En este punto corresponde señalar que no resulta de recibo la solicitud relativa a declarar la ineficacia de los contratos que la accionada Colfondos celebró con ocasión a la afiliación de la demandante, pues aun cuando en cumplimiento de un precepto de carácter legal las administradoras de fondos privados de pensiones se encuentran obligados a contratar lo denominados seguros previsionales, tal solicitud no solo escapa al problema



jurídico planteado, sino que además se desconoce en el presente que aseguradora se contrató con tal propósito, lo que no obsta para que si lo considera procedente pueda adelantar tales acciones

De igual forma, se advierte que si bien las encartadas propusieron la excepción de prescripción bajo el sustento que si bien el derecho pensional es imprescriptible, no ocurre lo mismo frente a la acción que pretende se declare la ineficacia del traslado, dicho supuesto no puede ser acogido por esta Sala de Decisión, ya que dicha decisión depende de forma directa del derecho pensional que a posteriori se reclame por el afiliado, situación por la que no es posible declarar el medio exceptivo propuesto.

Finalmente debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de ambas instancias se encontrarán únicamente a cargo de la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

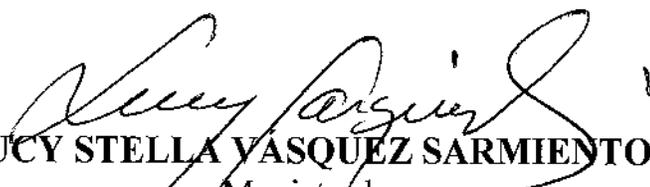
DECISIÓN:

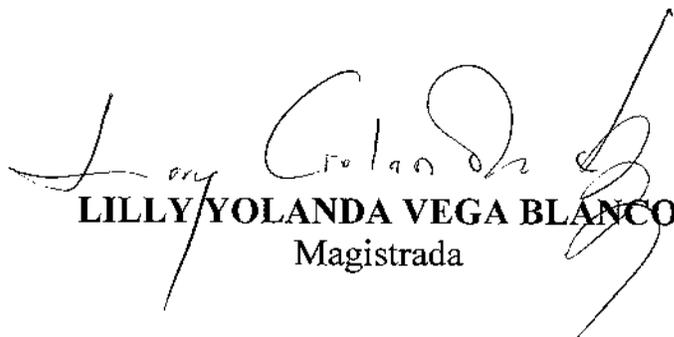
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO.**

 Ref: Radicación N° 110-01-31-05-033-2018-00022-01. Proceso Ordinario Maria Cristina Molano contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada COLFONDOS PENISIONES Y CESANTÍAS S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Edicto voto parcial*