

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 27 del mes y año que avanza, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 21 de octubre del año que avanza, dentro de la acción de tutela No. 60918, se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por la parte **DEMANDADA**, en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2019 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **CARMENZA MORENO GONZÁLEZ** promoviese contra Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado que la actora materializó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia de ello, se tenga como válida la afiliación hecha al ISS – hoy Colpensiones, y se ordene el traslado de los dineros aportados por la accionante.

Descansa el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de información que no suministró el fondo privado al momento de efectuarse el traslado de la actora.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: **CARMENZA MORENO GONZÁLEZ**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A**

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso, en síntesis, que todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación, que cumple con los requisitos legales y mediante el cual la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento. Adujo además, que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado de la demandante.

Finalmente, indica que el demandante no hizo uso de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Por su parte **Porvenir S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción). Expresa, en resumen, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo, después de su correspondiente asesoría.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS, y que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

Colpensiones. Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expuso, en síntesis, que el traslado efectuado por la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y que para el mismo se le suministró la totalidad de la información clara y precisa respecto de los efectos jurídicos de dicho traslado.

Indica que la accionante se encuentra inmersa dentro de una prohibición legal, como quiera que le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión en el Régimen de Prima Media, con lo que no puede retornar a este y que tampoco es beneficiaria del régimen de transición.

Refiere que, en este asunto no se presenta vicio alguno en el consentimiento ni por error, ni fuerza o dolo, pues la demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando, sabía que se trataba del traslado de sus aportes en pensión, no fue obligada, ni mucho menos se ejerció presión o fuerza para realizar el traslado, como tampoco hay prueba que demuestre que el asesor actuó de manera dolosa y con la intención de ocasionar un daño.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la demandante Carmenza Moreno González del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales, hoy Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en su momento por Horizonte S.A., realizado el 20 de marzo de 1997 con efectividad a partir del 1° de mayo del mismo año, al igual que los realizados posteriormente y de forma horizontal, de la AFP Horizonte a Porvenir el 31 de diciembre de 2000, y finalmente de Porvenir a Protección el 1° de julio de 2002, para entender vinculada a la demandante, en forma válida al Régimen Solidario de Prima Media administrado por Colpensiones, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a Protección Pensiones y Cesantías S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante Carmenza Moreno González por concepto de cotizaciones obligatorias, bono pensional, y todos los rendimientos financieros causados, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a aceptar el traslado de los aportes que efectúe Protección Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., para que proceda a activar la afiliación de la demandante, como si nunca se hubiese trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante, en semanas cotizadas.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva (...).”

En síntesis, estimó que para la fecha en la cual la actora efectuó el traslado de régimen pensional, esto es para marzo de 1997 ya existía norma que obligaba a las administradoras de fondos de pensiones a brindar una información clara, veraz y oportuna a los posibles afiliados en el momento de la promoción y durante el desarrollo de la vinculación, la cual se encuentra en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 y de la cual surge la obligación legal de la carga de la prueba en cabeza de las AFPs.

Así mismo, surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la doctrina del precedente vertical, desde el 09 de septiembre de 2008 con el radicado No. 31989, en donde se precisó a quien le corresponde la carga de la prueba en estos

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01
Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ
Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

casos, diciendo que el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino en el silencio que se guarda, de manera que la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada; posición que fue reiterada de manera posterior y pacífica en los distintos pronunciamientos de la Alta Corporación, en los cuales se concluyó que son las entidades de Seguridad Social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los riesgos del traslado, así como los beneficios que este le reportaría, pues de otra manera no podría explicarse el cambio de régimen.

Menciona, que sigue el precedente de la mentada Corporación, en el sentido de tener en cuenta que los formularios con leyendas preimpresas no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.

Para el caso particular, aduce, revisado el material probatorio allegado al proceso, no se logra establecer que el otrora fondo de pensiones Horizonte (hoy Porvenir), ni Protección, hubiera cumplido con el deber legal de haber brindado información a la demandante en forma completa, verás, profunda y oportuna, acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen.

Aclara que, conforme la jurisprudencia, el traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

4. Recurso de apelación

Porvenir S.A., aduce que la demandante conocía las características del Régimen de Ahorro Individual, así como las del Régimen de Prima Media y así optó por su mejor opción.

Solicita se tenga en cuenta que el Régimen de Prima Media se basa en la solidaridad, por lo que conceder el traslado contribuye a la desfinanciación del mismo sistema pensional, pues esto resultaría en el reconocimiento de una prestación en un régimen en el cual no ha cotizado gran parte de su vida laboral.

Finalmente, depreca que no se tenga en cuenta como indicio en su contra la falta de documentación al momento en que se prestó la asesoría de la demandante, ya que el deber de documentar información sólo surgió con la Ley 1748 de 2014, la cual no tiene efectos retroactivos, por lo tanto no puede endilgarse a las administradoras de fondos de pensiones obligaciones que no se tenían para la fecha en que se efectuó el traslado de la demandante.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

Por su parte **Colpensiones**, menciona que los criterios jurisprudenciales usados por la primera instancia para decidir no le son aplicables a la demandante, pues ella misma en el interrogatorio de parte manifiesta que en el año 2003 recibió una re-asesoría, con lo cual tenía pleno conocimiento de las características de los dos regímenes pensionales existentes, de suerte que no puede predicarse la existencia de una ineficacia de traslado.

Refiere que, no puede predicarse que existió un vicio en el consentimiento, cuando desde hace 16 años la actora tiene conocimiento de las características de los regímenes pensionales, por lo que no puede aducirse que se vislumbra una falta de conocimiento de la demandante en lo que se refiere a las diferentes características del régimen pensional.

Indica que, en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si bien se hace referencia a las relaciones contractuales existentes entre los demandantes y las diferentes AFPs, no se tiene en cuenta aquel tercero que nada tiene que ver, esto es Colpensiones, ya que es justamente esa entidad la que tiene que asumir las cargas prestacionales, existiendo una repercusión en el principio de sostenibilidad financiera al tener que hacerse cargo de prestaciones de las cuales no tenía proyecciones o cálculo actuarial, lo que repercute en las cotizaciones de los que se encuentran actualmente afiliados a esta entidad.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 27 de febrero de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 8 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por el apoderado de Colpensiones.

Finalmente, por auto del 21 de julio del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 31 del mismo mes y año.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual la mayoría de la Sala decidió:

*“**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia. En su lugar, se **DECLARA PROBADA DE OFICIO LA EXCEPCIÓN DE EFICACIA DEL ACTO DE AFILIACIÓN DE LA DEMANDANTE** y, en consecuencia, se **ABSUELVE** a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra.*

***SEGUNDO.- COSTAS** en ambas instancias a cargo de la parte actora. (...)*”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

6. De la acción de tutela

Interpone la señora Moreno González acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 60918, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 21 de octubre de 2020, en el que se dispone:

“PRIMERO: Conceder la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, igualdad, acceso a la administración de justicia y debido proceso de CARMENZA MORENO GONZÁLEZ.

SEGUNDO: Dejar sin efectos la sentencia de 31 de julio de 2020, para en su lugar, ordenar a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ que en el término de diez (10) días, contados a partir de la fecha que reciba el expediente, profiera nueva decisión, teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: EXHORTAR a la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación.

CUARTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 20 de marzo de 1997 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Horizonte – hoy Porvenir (fl. 131) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008¹, dijo:

“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.

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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

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

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

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

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

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”²

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del (a) afiliado (a), ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Por esa razón, dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

Estos criterios fueron expuestos en la sentencia de tutela No. 60918 (SL-8972-2020) del 21 de octubre del año que avanza a la cual se le da cumplimiento mediante el presente proveído.

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 131 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 20 de marzo de 1997 con la AFP Horizonte – hoy Porvenir, el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del interrogatorio de parte rendido por el actor no puede extractarse confesión en tal sentido.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, y conforme los argumentos esgrimidos por el apelante, si bien para la época en que la señora Moreno González se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (20 de marzo de 1997) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, así como tampoco el traslado del demandante entre fondos de pensiones convalida o ratifica la actuación de traslado sin el cumplimiento del deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la parte apelante respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 003 2019 00097 01

Demandante: CARMENZA MORENO GONZÁLEZ

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Conforme lo antes expuesto, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluricitada acción constitucional con radicado No. 60918, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada promovida por la señora Carmenza Moreno González en contra de Colpensiones y otras, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY

Secretaría de Udo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04
Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA
Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., Once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de agosto de 2020 dentro del proceso de acoso laboral que LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA promoviese contra AVIANCA S.A y MANUELA LONDOÑO AGUDELO.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende que se declare que el actor fue objeto de acoso laboral y de otros hostigamientos, que la relación laboral finalizó como resultado de los anteriores comportamientos y de la queja presentada por él, el 01 de junio de 2018. Como consecuencia de lo anterior, solicita la ineficacia del despido, y por ende el reintegro del demandante junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, y aportes a seguridad social dejadas de percibir.

Se edifica la demanda y de forma principal, en que la terminación del contrato de trabajo del accionante se produjo como acto retaliatorio por elevar queja de acoso laboral ante su empleador, y por las constantes, sistemáticas, y permanentes descalificaciones que aduce desplegó en su contra, Manuela Londoño Agudelo.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Avianca S.A se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo las de prescripción y compensación), expuso, en síntesis, que el demandante no fue objeto de acoso

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

laboral por la empresa y, por el contrario, él fue denunciado por esta razón por su compañera, Manuela Londoño.

Señaló que, que no actuó de manera discriminada o arbitraria al momento de la terminación del contrato del accionante, sino facultado en el artículo 64 del C.S.T que permite el pago de una indemnización, por demás que, no estaba amparado por algún tipo de fuero para que sea procedente su reintegro.

Indicó que, tiene implementado un Comité de Convivencia Laboral al interior de la empresa, quien el 30 de julio de 2018 dio por cerrado el caso del actor con la señora Manuela Londoño.

Finalizó expresando que, el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006 no contiene acción de reintegro, tal y como ha sido expuesto por la Corte Suprema de Justicia, rad. 35303.

Manuela Londoño Agudelo, de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, expuso, en síntesis, que elevó queja por acoso laboral contra el actor, con posterioridad a que fuera llamada a la habitación donde estaba pernoctando luego de un vuelo, golpearla insistentemente la puerta, y se abalanzara en aras de abrazarla, a lo que tuvo que amenazar con un grito para que se retirara, como ocurrió.

Expresó que, se cerró el respectivo caso como consecuencia de la terminación del vínculo del accionante al servicio de la demandada.

Finiquita aduciendo que, carece de legitimación en la causa, dado que, para que haya acoso laboral se requiere que sea persistente y sistemática, se enmarque como conducta constitutiva de esta, y que una autoridad verifique la ocurrencia de los hechos puestos en su conocimiento.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que de la lectura de las documentales arrimadas al plenario se evidencia que Manuela Londoño lo que puso de presente fue su situación personal con el actor, y narró experiencias que terceras personas le comentaron y que fueron similares a condiciones que ella vivió, sin que se vea que tales manifestaciones no sean más allá que un reporte que debía realizar a su empleadora en virtud del comportamiento del accionante al considerar que fue objeto de acoso laboral.

Apuntó que, si bien en interrogatorio de parte, Manuela Londoño expuso que, hizo manifestaciones a un compañero de trabajo consistente en que el actor intentó ingresar al lugar donde estaba pernoctando, la acción se encuentra afectada por el

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

fenómeno de la caducidad, pues el artículo 18 de la Ley 1010 de 2006 establece un término de 6 meses siguientes contadas a partir de la ocurrencia del hecho.

Agregó que, no está identificado plenamente el sujeto activo del acoso laboral, pues a quien se le endilga, Manuela Londoño, sólo narra situaciones que provienen de terceros, en suma a que, sus conductas no fueron persistentes, y el testigo compareciente ni siquiera conoce a la demandada citada, y únicamente hizo sus apreciaciones conforme a lo que el mismo accionante le comentó.

Adujo que fue acreditado que la primera queja que se presentó fue la de Manuela Londoño, pues si bien la allegada a juicio es posterior a la del actor, en la denuncia presentada por este se señala que está motivada, entre otras razones, en las quejas que tal demandada presentó ante el Comité de Convivencia.

Señaló que, del interrogatorio de parte de las demandadas no se logra inferir confesión; que la señora Manuela Londoño hubiese desplegado conductas perjudiciales en contra del accionante que tenga el peso de establecer acoso laboral o se terminara su relación laboral; y que la misma queja del actor no puede ser tomada para establecer los perjuicios que se le causaron, pues nadie puede fabricar su propia prueba, por demás que, no acudió a juicio a rendir interrogatorio, por lo que obró confesión ficta sobre los hechos de la contestación de la demanda.

Concluyó, exponiendo que, la empresa tenía el deber de garantizar que no se presentaran actos de violencia contra la mujer, de modo que ante las circunstancias que vivió Manuela Londoño ¿debió guardar silencio?, ¿era posible que el accionante la revictimizara?, pues ante tal contexto, lo prudente es que efectuara el correspondiente estudio de las circunstancias que giraron en torno a lo que estaba denunciando.

4. Argumentos del Recurrente

Adujo que está acreditado que el sujeto pasivo de las manifestaciones reiteradas, persistentes, fijas, demostrables y difamatorias, constitutivas de acoso laboral, desplegadas por Manuela Londoño, fue el accionante, a quien se le afectó su dignidad, honra, y buen nombre.

Indicó que, se encuentra en desacuerdo con la valoración del acta de comité de convivencia laboral, como quiera que, Manuela Londoño incurrió en los comentarios, y afirmaciones de modo, tiempo y lugar determinados en tal acta, de la que se desprende que lo comentó con dos compañeros de trabajo, en suma a que, participó en conversaciones donde se estaba difamando la honra y el buen nombre del actor, pues con compañeras encontraron situaciones incómodas que había experimentado con él, de manera que allí existe confesión de tal demandada, en el sentido que participó en la difamación del buen nombre del demandante, lo que también se expuso en interrogatorio de parte, situación que le generó maltrato y estrés.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

Señaló que, no es cierto que Manuela Londoño elevara la queja primero que el accionante, pues la de éste tiene número 2411, y la ella, 2435.

Explicó que, de oficio no se podía establecer la ocurrencia del fenómeno de la caducidad porque no fue alegado por ninguna de las partes; y que las conversaciones sostenidas con sus dos compañeros (Brayan y Nefer), no pueden ser consideradas un apoyo psicológico y social, pues no eran profesionales en psicología ni medicina

Indicó que, el acoso sexual a Manuela Londoño no fue objeto del proceso, por lo que es excesivo la afirmación atinente a temas de violencia de género, lo que viola el debido proceso y buena fe.

Adicionó que, justificó la inasistencia del demandante a rendir interrogatorio de parte, por demás que, la empresa demandada nunca llevó a cabo un trámite para determinar si las conductas desplegadas por Manuela Londoño eran constitutivas de acoso laboral, omitiéndose que el actor estaba asignado para los vuelos del mes de agosto de 2018, habiéndose cerrado el caso en julio de la misma anualidad.

Finalmente manifestó que, el despido del accionante se encuentra precedido por la queja de acoso laboral por él interpuesta, encontrándose que la conducta de la accionante fue persistente y demostrable, lo que se puede verificar de la prueba documental, así como que, el sujeto activo fue Manuela Londoño, siendo relevante que se establezca como precedente que las habladurías deja de ser chisme sino que puede poner a los trabajadores en el escenario del acoso laboral.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del CPTSS, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problema jurídico** por resolver el siguiente:

¿Son constitutivas de acoso laboral las conductas desplegadas por Manuela Londoño y que pudo haber tolerado Avianca S.A?

Tesis

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

Confirmar la decisión de primer grado.

Veamos las razones que llevan a la Sala mayoritaria a consentir en ello.

Competencia para conocer las pretensiones mediante el proceso especial de acoso laboral

De conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicados 47080, SL17063-2017, y SL3075-2019 reiterada en la SL2826-2020, la Ley 1010 de 2006, lo que pretendió fue generar una protección multidimensional en el lugar de trabajo, con la consecuente posibilidad de adoptar correctivos inmediatos ante la demostración efectiva de conductas que constituyan acoso laboral, motivo por el cual se les dio trámite especial, sin embargo, las demás que de allí se pueden derivar, continuaron bajo la esfera decisoria ordinaria, como lo es el incumplimiento de un acuerdo conciliatorio, las consecuencias de la ineficacia del despido de que trata el artículo 12 *ejusdem*, o incluso el establecimiento de otras conductas previstas en convenciones colectivas o reglamentos internos de trabajo.

En efecto, el procedimiento especial a que hace referencia la Ley 1010 de 2006 y que se atribuyó a los jueces del trabajo, con jurisdicción en el lugar de los hechos, hace referencia a la adopción de *“medidas sancionatorias que prevé el artículo 10 de la presente ley, cuando las víctimas de acoso sean trabajadores o empleados particulares”*, y supone su conocimiento para advertir sobre las consecuencias que dicha normativa contempla a quienes la trasgredan, *“como terminación del contrato sin justa causa, cuando haya dado lugar a la renuncia o el abandono del trabajo por parte del trabajador regido por el Código Sustantivo del Trabajo. En tal caso procede la indemnización en los términos del artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo”*, así mismo la posibilidad de imponer a la persona que ejecute tales acciones, o al empleador que las tolere, multa a la empresa de 2 a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, junto con la obligación de pagar a las empresas prestadoras de salud y a las aseguradoras de riesgos profesionales el 50% del costo del tratamiento de enfermedades profesionales, alteraciones de la salud y demás secuelas originadas en el acoso laboral, esto tratándose de trabajadores particulares, aunque prevé hipótesis jurídicas adicionales en los eventos de los servidores públicos.

En ese sentido es que surge patente que el procedimiento especial que determinó la ley lo fue para emitir decisión pronta sobre las sanciones del pluricitado artículo 10, pero no para extraer del conocimiento de los jueces ordinarios otras consecuencias que pueden derivar de la demostración del acoso o persecución laboral como los perjuicios morales, la reinstalación, los daños materiales y las demás anexidades jurídicas que la compleja construcción del concepto lleva implícita.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

Así las cosas, y dado que la parte actora interpuso una demanda que tiene pretensiones de un proceso ordinario (la ineficacia del traslado y como consecuencia su reintegro) sería del caso retrotraer el asunto, sino fuera porque el artículo 133 del C.G.P ya no contiene la nulidad que el otrora Código de Procedimiento Civil tenía en el numeral 4 de su artículo 140, esto es, *“cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde”*, por lo que, pese a existir tal irregularidad procesal, se tendrá por subsanada en virtud de lo establecido en el parágrafo del artículo 133 del C.G.P, que establece que las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas si no se impugnan oportunamente por los mecanismos que el código establece.

Caducidad de la acción de acoso laboral

El artículo 18 de la Ley 1010 de 2006 establece que las acciones derivadas del acoso laboral caducarán seis meses después de la fecha en que hayan ocurrido las conductas que las instituyen; excepción que valga decirse sí puede ser declarada de oficio, como quiera que, el artículo 282 del CGP, únicamente establece que las que deben ser a solicitud de parte, son las de prescripción, compensación y nulidad relativa.

Ahora bien, a folio 52 y 63, encontramos que el actor allegó queja por acoso laboral contra Manuela Londoño Agudelo, empleada de la demandada, expresando que, ella había efectuado comentarios que estaban afectando su ambiente laboral, buen nombre y reputación como capitán de la empresa, sin embargo, no presenta fecha, y lo que tenemos a folio 54, es un recibido de la línea de Ética de Avianca Holdings S.A que data del 02 de junio de 2018, siendo remitido al Comité de Convivencia el 15 del mismo mes y año (fls.54 y 55), empero, cerrándose el 30 de julio de 2018 con fundamento en que los problemas entre los trabajadores era de índole personal y que no era dable involucrar como temas del Comité de Convivencia la imagen que tenga el uno del otro (fl.64).

De esta manera, no es dable considerar que operó el fenómeno de la caducidad, pues si bien la acción está dirigida contra Manuela Londoño, también el demandado es Avianca S.A, quien se entiende que presuntamente consintió el acoso del que señala Manuela Londoño desplegó contra él, al ser cerrado el caso por el Comité de Convivencia y ser despedido el accionante, situaciones que acaecieron el 30 de julio y el 01 de agosto de 2018, respectivamente, por manera que, al presentarse demanda ante el Juez de Primera Instancia el 29 de noviembre de 2018, se considera que estaba en el tiempo reseñado en el artículo 18 de la Ley 1010 de 2006.

Acoso Laboral e ineficacia por terminación del contrato de trabajo

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

Según las sentencias reseñadas, las conductas del acoso laboral, también conocido como *mobbing* o acoso moral, tienen implícito un sustrato ético, cual es impedir que se generen o permitan faltas a los derechos fundamentales del trabajador, especialmente aquellos que se refieren a su integridad personal, y con ello imposibilitar o menguar que se degrade el ambiente de trabajo.

Para efectos de identificar tales conductas, señala la Corte que *“debe entenderse que es natural que en el desarrollo de las diversas actividades que se realizan en el entorno de la empresa surjan conflictos, derivados bien de la acción organizativa del empleador, o de la imposición de la disciplina”*, que en modo alguno pueden llegar a ser calificadas como acoso, pues este hace referencia más bien a un hostigamiento continuado, que se origina entre los miembros de la organización de trabajo, donde además se reflejan las diversas disfunciones sociales y cuyo objetivo premeditado es la intimidación y el amedrentamiento, para consumir emocional e intelectualmente, de allí que para que se concreten las conductas deben estar concatenadas, ser persistentes y fundamentalmente sistemáticas.

Es así como la Ley 1010 de 2006, en su artículo 2 lo definió como *“toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o trabajador, por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo o inducir a la renuncia del mismo”*, bajo las modalidades de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral.

El objeto principal de la ley de acoso laboral y los bienes protegidos por ella, conforme a su artículo 1º, consiste en definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado u ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana, que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral privada o pública.

Ahora bien, el numeral 1º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, *“consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, para que en caso de que sea despedida o destituida en represalia por las quejas o denuncias que para el efecto presente, dicho despido se tenga por ineficaz”*, de manera que, la autoridad administrativa o judicial debe verificar la efectiva ocurrencia de los hechos denunciados, pues el fin de esta normativa es evitar que se tomen represalias contra los trabajadores que interponen quejas o denuncias de acoso, con independencia de que la actuación culmine con una sanción o no.

Es así como el numeral 1 del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, regula la protección especial de la víctima de acoso laboral, para que no pueda ser desvinculada, ello como una garantía frente a ciertas actitudes retaliatorias, con lo cual se busca evitar actos de represalia, de modo que, conforme a ese mandato

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

legal, se establece una presunción legal a favor de la persona que haya ejercido los procedimientos preventivos, correctivos y sancionatorios que alude dicha normativa, en cuanto a que el despido que se lleve a cabo dentro de los seis meses siguientes a la petición o queja, debe entenderse que tuvo lugar por motivo del acoso, correspondiéndole al empleador demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia instaurada por el trabajador, para que no proceda su ineficacia.

Sin embargo, esas conductas objeto de la denuncia o queja instaurada por la supuesta víctima, deben necesariamente enmarcarse dentro de aquellas que constituyen acoso en los términos del artículo 7 de la Ley 1010 de 2006, y además como lo dispone la parte final del numeral 1 del artículo 11 *ejusdem*, la autoridad administrativa, judicial o de control competente, ha de verificar «*la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento*», requisitos indispensables para poder dar aplicación a las prerrogativas por retaliación, entre ellas dejar sin efecto la ruptura del nexo contractual laboral, de manera que, previo a darse cabida a la presunción reseñada, es necesario verificar si las conductas que manifiesta la presunta víctima (demandante) se enmarcan dentro de las modalidades que constituyen acoso laboral y su ocurrencia, carga probatoria que le corresponde a la parte actora.

Enmarcación de conductas en las modalidades de acoso laboral

En el literal b) de los hechos de la demanda, se señala que el 01 de junio de 2018 a través de la Línea de Ética de Avianca S.A, el accionante elevó queja por acoso laboral contra Manuela Londoño Agudelo, empleada de la demandada, expresando que, ella había efectuado comentarios que estaban afectando su ambiente laboral, buen nombre y reputación como capitán de la empresa, ya que se encontraba difamándolo al hacer comentarios de su vida personal en horarios laborales, lo que le ha generado un grado de estrés y molestias en su ambiente de trabajo.

En ese orden de ideas, la conducta que se endilga a la trabajadora Manuela Londoño es la del numeral 1º del artículo 2 *ejusdem*, esto es, maltrato laboral, pues su presunto proceder atentaría contra la integridad moral y el buen nombre del actor, por lo que, se procede a verificar la configuración de tal actuar.

Al respecto, encontramos que a folio 52 y 63 se allegó la queja aducida, con radicado 2411, no obstante, no presenta fecha, y lo que tenemos a folio 54, es un recibido de la línea de Ética de Avianca Holdings S.A que data del 02 de junio de 2018, siendo remitido al Comité de Convivencia el 15 del mismo mes y año (fls.54 y 55), empero, cerrándose el 30 de julio de 2018 con fundamento en que los problemas entre los trabajadores era de índole personal y que no era dable involucrar como temas del Comité de Convivencia la imagen que tenga el uno del otro (fl.64).

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

A la par, encontramos que Manuela Londoño Agudelo también elevó queja de acoso laboral en contra del accionante, manifestando que en la pernoctada en el Hotel las Américas de Cartagena, él llamó a su habitación a altas horas de la noche haciéndose pasar por un empleado del hotel, y que una vez constató su presencia, le manifestó que estarían juntos en el vuelo del día siguiente (vuelo 0035 Miami), y que por ende necesitaba decirle algo; que ante tal situación, respondió que no, por cuanto se disponía a dormir; que él insistió por teléfono pero ante la negativa se dirigió a su habitación, donde tocó la puerta de manera insistente y ruidosa, y una vez abierta, la abrazó e ingresó a su habitación bruscamente para sentarse sobre la cama; que una vez sentados, el accionante le preguntó *“¿te acuerdas cuando nos chupeteamos en el transporte?”*, a lo que respondió que no, y en consecuencia él empezó a hablar de su sueldo, de cómo el paro de pilotos lo beneficiaba, y nuevamente la abrazó, frente a lo que la accionada decidió levantarse, dirigirse a la puerta, y decirle *“si usted no sale de mi habitación ahora mismo, voy a gritar”*, frente a lo que él respondió, *¿por qué tan brava?*, y se fue (fl.74).

Posterior a tal queja, el 29 de junio de 2018 el Comité de Convivencia Laboral compareció a aclarar las circunstancias que motivaron su reclamación, relatando nuevamente lo anterior, y adicionando que el día siguiente de los hechos, habló con Brayan Viojo de lo sucedido, quien le sugirió tomar el puesto 2, en el que no tenía que atender a los comandantes, y que hablara con Nelfer el tripulante encargado del vuelo; que Nelfer le dijo que lo que sucedió pudo suceder porque ella era muy coqueta, y el actor pudo malinterpretar las cosas; que decidió denunciar porque se enteró de historias del accionante con otras tripulantes que les daba miedo reportar, y que no le parecía justo que se tuviera que tolerar esa situación, tales como que, el actor llegó a las 12 pm a casa de una compañera, que en Bucaramanga se están recogiendo testimonios para reportarlos a la empresa, y que un compañero vio de una relación que tuvo con tripulante, quien quería mantener en confidencialidad lo sucedido; que entre charla y charla con sus compañeras terminaron hablando de situaciones incómodas que vivieron el accionante, que les habían pasado cosas raras con él; y que si bien lo anterior, le puede generar incomodidad al actor y generar molestia, estaba dispuesta a someterse a lo que le pueda manifestar otros compañeros con tal de que este tipo de situaciones se conozcan (fls. 75 a 79 y 226 a 230).

Finalmente, el acta de comité del 25 de octubre de 2018 se estableció que ante la terminación del contrato de trabajo del actor el 01 de agosto del mismo año, no era necesario adelantar las correspondientes investigaciones (fls. 22 a 225). En tal acta se expuso que el número de radicado de la queja era 2435, lo que se reafirma con la queja visible a folios 231 a 233, pese a que en el documento de folio 221 se señala que es el 2345 (fl.221).

Ahora bien, en cuanto al orden de las quejas presentadas por los trabajadores no basta con enunciar simplemente que al ser la del accionante la 2411 y la de Manuela Londoño 2435, ello *per se* significa que fue primera la del actor, pues para

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

poder llegar a tal conclusión era necesario que se desplegara una actividad probatoria mayor, que por demás resulta más rígida como se explicará más adelante, empero, la parte actora únicamente logró la comparecencia de un testigo, José María Jaimes García, quien manifestó que no tenía contacto directo con el actor, que no le constaba directamente los hechos que se discutían, y que él lo buscó en su condición de Presidente de la Asociación de Pilotos para iniciar un proceso disciplinario contra Manuela Londoño, que no se pudo concretar por su despido.

En igual sentido, el representante legal de Avianca S.A y Manuela Londoño prestaron interrogatorio de parte, empero de tales declaraciones no se logró confesión acerca de que la queja del accionante hubiese sido anterior a la de Manuela Londoño.

Aunado a lo anterior, y a efectos de verificar si las conductas que se le endilgan a la actora son constitutivas de acoso laboral, a juicio de la Sala son completamente acertadas las preguntas que se hizo la juzgadora de primer grado para desatar el tema que fue puesto en su conocimiento, esto es, si Manuela Londoño ¿debió guardar silencio?, y si ¿era posible que el accionante la revictimizara?, pues es imposible, pese a la discrepancia de la apoderada de la parte actora, no asumir el asunto con un enfoque de género, pues no es posible excluir tal problemática, así como hacer referencia a las necesidades diferenciales que le son propias a la mujer, principalmente, por la asignación de roles que cultural e históricamente se le han efectuado.

En efecto, en sentencias SL648-2018, SL11149-2019, SL2010-2019, SL1727-2020, se estableció que es obligación para el Juez que, una vez recibida la causa, advierta si en esta se vislumbran escenarios discriminatorios entre las partes o asimetrías que conduzcan a actuar de forma diferente, con el objeto de romper una desigualdad, de manera que lo que se espera es que logre identificar y manejar, las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niños, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; ya que, se debe tener conciencia de que ante la situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual.(STC2287-2018).

En igual sentido, la H. Corte Constitucional estableció unas subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando los siguientes deberes concretos de la administración de justicia: i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferente; iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; v) **flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia** o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; vii) **efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia**; viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e; ix) **analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres** (T-012 de 2016).

Del mismo modo, encontramos que con la Ley 248 de 1995, Colombia adoptó la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belém do Pará”, la cual define la violencia contra la mujer como «cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado»; noción de violencia que no es ajena al ámbito laboral, pues la Ley 1257 de 2008, señala:

“cualquier acción u omisión, que le cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado.

Para efectos de la presente ley, y de conformidad con lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijín, por violencia económica, se entiende cualquier acción u omisión orientada al abuso económico, el control abusivo de las finanzas, recompensas o castigos monetarios a las mujeres a las mujeres por razón de su condición social, económica o política. Esta forma puede consolidarse en las relaciones de pareja, familiares y en las laborales o económicas” (Subrayado por la Sala).

Finalmente, diversas herramientas internacionales se han ocupado de esta problemática, dirigidos a adoptar medidas, procedimientos y mecanismos dirigidos a lograr la erradicación de cualquier forma de violencia contra la mujer, y que son narradas en la sentencia SL648-2018, tales como:

- Estrategias de Nairobi donde se convoca a los gobiernos a legislar contra el acoso sexual en el ámbito laboral y a los agentes sociales a velar por su prevención y asistencia.
- Resolución Sobre Igualdad de Oportunidades e Igualdad de Tratamiento para el Hombre y la Mujer en el Empleo, que señala la necesidad de establecer mecanismos para prevenir o combatir el acoso sexual en el trabajo.
- Estudio General de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones sobre el Convenio 111, donde se tomaron casos de acoso sexual el entorno laboral.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

- Reunión Tripartita de Expertos sobre Medidas Especiales de Protección para Mujeres e Igualdad de Oportunidades en el Trato, que cataloga el acoso sexual como un problema de seguridad e higiene en el trabajo.
- Coloquio Tripartito sobre Igualdad de Oportunidades y Trato para Hombres y Mujeres en el Empleo de los Países Industrializados, que requiere a los agentes sociales a la prevención del acoso sexual.
- Resolución relativa a la acción de la OIT para las Mujeres Trabajadoras, en la que se apunta a la necesidad de definir directrices y materiales de información y formación sobre el acoso sexual en el ámbito laboral.
- Recomendación General número 19 de la CEDAW, en la que se precisó que aquel fenómeno corresponde al *«comportamiento de tono sexual tal como contactos físicos e insinuaciones, observaciones de tipo sexual, exhibición de pornografía y exigencias sexuales, verbales o de hecho. Este tipo de conducta puede ser humillante y puede constituir un problema de salud y de seguridad; es discriminatoria cuando la mujer tiene motivos suficientes para creer que su negativa podría causarle problemas en el trabajo, en la contratación o el ascenso inclusive, o cuando crea un medio de trabajo hostil»*.
- Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing), en la que se solicita a los gobiernos, empleadores/as, sindicatos y ONG, la erradicación del acoso sexual en el trabajo.
- Estudio a fondo sobre todas las formas de violencia contra la Mujer que condena la falta de visibilidad del fenómeno.

Por tanto, la carga de la parte actora en virtud de las manifestaciones realizadas por la trabajadora Manuela Londoño tiene que ser más rígida, lo que se aclara tampoco puede ir en desmedro del análisis objetivo que debe realizarse de las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica conforme a sentencia SL3861-2020. Así, en el caso del actor la prueba es más rigurosa, y por el contrario frente a Manuela Londoño es más flexible, en consideración a las providencias e instrumentos internacionales reseñados, en especial por las especiales circunstancias que operan al haber sido presuntamente objeto de violencia por el accionante, quien además tenía el cargo de piloto que lo ponía en condiciones de superioridad frente a ella.

En ese orden no le bastaba al actor con manifestar que interpuso primero una queja contra Manuela Londoño, era imperativo un despliegue probatorio más que suficiente para lograr establecer que la trabajadora incurrió en conductas constitutivas de acoso laboral y que sus acusaciones únicamente estaban dirigidas en desmedro de su dignidad y buen nombre, y que se escapaban de la realidad.

Sin embargo, y si bien del análisis probatorio, especialmente, del interrogatorio de parte, la queja de Manuela Londoño, y acta del comité de convivencia del 29 de junio de 2018, encontramos que ella sostuvo conversaciones con dos compañeros de trabajo, Brayan Viojo y Nelfer (sic), a quienes les puso de presente lo ocurrido en

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

el Hotel Las Américas, así como tuvo reuniones con compañeras con quienes terminaron hablando de situaciones incómodas que vivieron con el accionante, de ello no se puede desprender situación de acoso laboral, pues recuérdese que para que se logre configurar, es necesario que se acredite una conducta por acción o por omisión; que esta era **persistente** y demostrable; que se presentó en el contexto de una relación laboral; y que existió **intención de generar miedo, intimidación, terror o angustia, causar un perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir a la renuncia del afectado.**

De esta manera, encontramos que en primer lugar, no está demostrada la periodicidad de la conducta que se le endilga a la demandada Manuela Londoño Agudelo. En segundo lugar, la prueba recolectada es insuficiente para establecer que el actuar de tal demandada tuviera la intención de generar miedo, intimidación, terror o angustia, causar un perjuicio laboral, generarle desmotivación en el trabajo, o inducir al despido del actor, pues ante la rigurosidad de la prueba que se le requiere, y dado que Avianca S.A no inició investigación frente a la queja presentada por él, era en este juicio, donde se debía entonces probar la probidad en su actuar en el transcurso de la relación laboral, tanto en el desempeño de sus funciones, cargo que ostentaba, así como en el trato con sus compañeras de trabajo, para lo que no sobra decir que, el testigo compareciente, además de ser de oídas, no dio a conocer circunstancias que pudiera poner si quiera en duda que las manifestaciones que hiciera Manuela Londoño respecto del comportamiento que le endilga al accionante, no eran veraces.

Aunado a lo anterior, las reglas de la experiencia enseñan que ante situaciones que presuntamente vivió Manuela Londoño, existen mujeres que guardan silencio, por lo que, el efectuarse la denuncia, no puede ser esta situación una excusa para revictimizarla, es necesario brindar, las condiciones adecuadas para que sus derechos fundamentales no se vean menoscabados, de modo que, la recolección de testimonios de compañeras no puede ser vista como una forma de acoso frente a quien podría ser un presunto victimario, dicho actuar es apenas necesario para que las investigaciones que se inicien por parte del empleador, concluyan de la manera más sólida posible y acorde con la normatividad interna y legal sobre la materia.

Así las cosas, se considera que le asiste razón al *A quo*, al absolver al extremo pasivo de las pretensiones incoadas en su contra, y en consecuencia se CONFIRMARÁ la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte demandante.

V. DECISIÓN

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-013-2018-00737 -04

Demandante: LUIS EDUARDO PACHECO OSPINA

Demandado: AVIANCA S.A Y MANUELA LONDOÑO AGUDELO

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

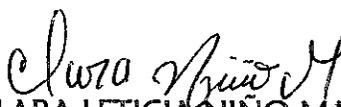
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso de Luis Eduardo Pacheco Ospina en contra de Avianca S.A., y Manuela Londoño Agudelo.

SEGUNDO.- COSTAS en esta instancia a cargo de la parte actora.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$400.000 pesos a cargo de la parte actora.


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ
Magistrada Sustanciadora

215

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01
Demandante: **MONICA ANDREA LINARES GIRALDO**
Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 27 del mes y año que avanza, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 15 de octubre del año que avanza dentro de la acción de tutela No. 113025, notificado el tres (3) de los cursantes, por parte de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que revocó la decisión tomada el 05 de agosto del año en curso en la acción de tutela con radicado No. 60162 de la Sala de Casación Laboral de la prementada Corporación, se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la **DEMANDADA COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 03 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de esta entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO** promoviese contra **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.**

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” e ineficacia del traslado realizado al RAIS a través de Colfondos y como consecuencia de ello se declare que la demandante se encuentra afiliada al RPM, se ordene a Colfondos a reportar dicha novedad, trasladar todos los saldos a Colpensiones y a esta última a recibir los mismos.

Se edifica la demanda y de forma principal, en la omisión de la información, que no fue entregada a la actora al momento de su traslado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01

Demandante: MONICA ANDREA LINARES GIRALDO

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen ya que al momento de realizar la solicitud de traslado al RPM contaba con 53 años, esto es le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a una pensión de vejez, además que no contaba con 15 años de cotizaciones para el 1° de abril de 1994, con lo que el traslado al RPM resulta improcedente.

Indica que las características, condiciones y modalidades pensionales propias del RAIS están consagradas en la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo que no es dable alegar la ignorancia de la ley como excusa y atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que la misma se encuentra señalada en la ley.

Finalmente, menciona que la presente acción se encuentra prescrita, pues pasaron más de 18 años entre la fecha del traslado al RAIS y la de interposición de la presente acción.

Colfondos S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que esa entidad le informó a la demandante de manera adecuada y completa, con anterioridad a su vinculación, acerca de las condiciones bajo las cuales operaba el RAIS, además que con la suscripción del formulario la actora dejó constancia que su elección fue realizada de manera libre, espontánea y sin presiones, formulario que se ajusta a la Ley y contiene la información requerida para el efecto, además de que la demandante no hizo uso del derecho de retracto que la ley le concede.

Aduce que el error de derecho no produce vicio en el consentimiento, conforme lo establece el art. 1509 del Código Civil y que, si en gracia de discusión se concluyera que la vinculación de la demandante se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración frente al particular se encuentra prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad y/o ineficacia de la afiliación o traslado de régimen pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por la señora MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., realizada el día 14 de abril de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la sociedad COLFONDOS S.A. – FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES EICE. (...)

Para arribar a la anterior decisión, estimó que conforme la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia existe ineficacia de la afiliación cuando la insuficiencia de la información genera lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, que no es suficiente la simple suscripción del formulario sino que debe cotejarse con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad, y que en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradora de fondo de pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en derecho pensional.

Mencionó que era necesario que Colfondos hubiera demostrado que el o los asesores no desplegaron una conducta dolosa o maliciosa al momento de suscribir el formulario de afiliación al RAIS, de tal suerte que concluye que es escaso el material probatorio aportado por las demandadas para controvertir los hechos traídos a juicio en el presente asunto.

Por lo anterior, concluye que no podrá predicarse la existencia de consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones de la accionante, ya que no se probó que hubiere estado ajustado a los principios que gobiernan el sistema de seguridad social y a las reglas de libertad de escogencia al sistema, la cual está sujeta a la comprobación de que existió libertad informada, es decir una decisión documentada precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado en todas sus dimensiones legales tales como el monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales.

Finalmente, refiere que el derecho a la pensión es imprescriptible y por ende, los elementos que la conforman y las acciones encaminadas a reclamar dicho

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01

Demandante: MONICA ANDREA LINARES GIRALDO

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

derecho persisten, sin perjuicio de una eventual prescripción, siendo los aportes y afiliaciones uno de los elementos que la conforman.

4. Recurso de apelación

Apeló Colpensiones.

Indica que no se debe aplicar el precedente de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en especial atendiendo los derechos adquiridos y las expectativas de la demandante, quien no cumplía con los requisitos al entrar en vigencia la Ley 100/1993 – régimen de transición.

Refiere que con la declaratoria no se está teniendo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones, ya que, si bien se va a trasladar el ahorro de la cuenta individual de la demandante, este capital no será suficiente para financiar dicha pensión, con lo que será el RPM, encontrándose descapitalizado tanto el RAIS como el RPM.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto del 08 de octubre de 2019 se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. Colpensiones presentó sus alegaciones reiterando aquello expresado en su contestación.

Finalmente, por auto del 30 de junio del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 6 de julio de la misma anualidad.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual la mayoría de la Sala decidió:

“PRIMERO.- REVOCAR la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN y con ello, se ABSUELVE a las demandadas de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la parte actora. (...)”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

6. De la acción de tutela

Interpone la señora Linares Giraldo acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 60162, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 05 de agosto de 2020, en el que se dispone:

“PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela interpuesta por MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO contra la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: En caso de no ser impugnada la presente decisión, ENVÍESE el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

Dicha providencia fue impugnada por la parte accionante, por lo que mediante fallo STP9494-2020 con radicación 113025 del 15 de octubre de 2020, notificada el 03 de diciembre del año en curso, la Sala de Casación Penal dispuso:

“Primero. Revocar el fallo impugnado y, en su lugar, conceder el amparo a los derechos a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad de MÓNICA ANDREA LINARES GIRALDO, en consecuencia, se dejará sin efecto la sentencia emitida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 6 de julio de 2020, en el proceso ordinario laboral que la accionante adelantó contra la Administradora Colombiana de Pensiones y Colfondos S.A.

Segundo. Ordenar al citado Tribunal que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

Tercero. Exhortar a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme lo expuesto en precedencia.

Cuarto. Disponer el envío de las diligencias a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de los fallos proferidos.”

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01

Demandante: MONICA ANDREA LINARES GIRALDO

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 14 de abril de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colfondos S.A. (fl. 27 y 125) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008¹, dijo:

“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

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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.

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

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

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01

Demandante: MONICA ANDREA LINARES GIRALDO

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

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

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información

debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(...) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”²

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Es por ello que dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01

Demandante: MONICA ANDREA LINARES GIRALDO

Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios fueron expuestos en la sentencia de tutela No. 113025 (STP-9494-2020) del 15 de octubre del año que avanza a la cual se le da cumplimiento mediante el presente proveído.

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 27 y 125 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 14 de abril de 1999 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de las pruebas allegadas al plenario no puede extraerse una conclusión distinta.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, con las sentencias arriba citadas se da al traste con lo argüido por la parte apelante ya que no es necesario que la afiliada cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio

transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la parte apelante respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01

Demandante: **MONICA ANDREA LINARES GIRALDO**

Demandado: **COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A**

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Por lo anterior, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluricitada acción constitucional con radicado No. 113025 (STP9494-2020), se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada promovida por la señora Mónica Andrea Linares Giraldo en contra de Colpensiones y Colfondos S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído..

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 020 2019 00011 01
Demandante: MONICA ANDREA LINARES GIRALDO
Demandado: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A

221


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY
~~Adeluzación de Voto~~

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 27 del mes y año que avanzan, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 15 de septiembre del año que avanza dentro de la acción de tutela No. 112395, notificado el tres (3) de los cursantes, por parte de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que revocó la decisión tomada el 10 de agosto del año en curso en la acción de tutela con radicado No. 60152 de la Sala de Casación Laboral de la prementada Corporación, se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la **DEMANDADA COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 24 de octubre de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de dicha entidad, dentro del proceso ordinario laboral que **AMANDA MINA CARABALÍ** promoviese contra **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare “la nulidad” e ineficacia del traslado que la demandante realizó al RAIS a través de Porvenir S.A. el 31 de mayo de 2006 y como consecuencia de ello se ordene el traslado automático al RPM, así como el traslado de todos los saldos, rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora y a Colpensiones que reciba dichos dineros.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01

Demandante: **AMANDA MINA CARABALI**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió la actora, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones. Expresó, en síntesis, que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a Porvenir S.A.; que para el momento en que solicitó el traslado de régimen ante Colpensiones, la demandante contaba con 56 años de edad, por lo que se encontraba a un (1) año de cumplir la edad requerida para acceder al estatus de pensionada; que para el 1° de abril de 1994 no contaba con 15 años de cotizaciones, no siendo así beneficiaria del régimen de transición, lo que hace improcedente su traslado; que el traslado de la demandante se efectuó en el año 2006, época en la cual, la condición previa de brindar asesoría no estaba dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto esta procedería solo para traslados que se efectuaran a partir del 2014; que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Porvenir S.A., sin que existiera injerencia de esta entidad para que la accionante tomara la decisión de trasladarse; que Colpensiones no es quien debe asumir las consecuencias de la supuesta falta de información por parte de Porvenir S.A. al momento del traslado, máxime cuando para el año 2006 la demandante no se encontraba en ninguna prohibición legal para efectuar el cambio de régimen; que la accionante ha estado afiliada al RAIS por más de 10 años, sin manifestar en algún momento su inconformidad de pertenecer al mismo.

Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda. En resumen, adujo, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP y que por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante; que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo, después de su correspondiente asesoría.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento

entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Menciona que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre la demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS; y que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora AMANDA MINA CARABALI al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 31 de mayo de 2006 con efectividad a partir del 1º de julio de 2006 por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, y traslados contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora AMANDA MINA CARABALI a COLPENSIONES. Para ello se concede el término de un (1) mes.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR (...)

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01

Demandante: **AMANDA MINA CARABALI**

Demandado: **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A**

Para arribar a la anterior decisión, estimó que en esta clase de asuntos se ha tenido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que, para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado se requiere que la AFP haya suministrado una información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además de señalar que el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al usuario, como mínimo, de las características, condiciones, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado y que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado.

Frente a la carga de la prueba, indicó, que la jurisprudencia de la mencionada Corporación y conforme el artículo 167 del CGP, cuando se hacen negaciones indefinidas y se manifiesta que no se ha recibido la información necesaria, como en este asunto, la carga de la prueba debe invertirse o se traslada a la parte que está en condición de probar y en estos casos son las AFPs las que deben demostrar que efectivamente se le suministró al afiliado esta información, además debe tenerse en cuenta que conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia o cuidado incumbe a quien ha debido emplearla.

En cuanto al caso particular, indica que no fue demostrado que Porvenir, hubiese suministrado a la demandante información suficiente, clara y comprensible sobre las condiciones de su situación pensional, sin que el material probatorio allegado logre demostrar que sí se cumplió con este deber de información, adicionalmente, menciona que, como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, los formatos preimpresos no son suficientes para dar por demostrado el deber de información, pues a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no un consentimiento informado.

Aduce entonces, que la consecuencia de no haber recibido la información no es otra que la declaratoria de ineficacia de la afiliación al RAIS, por lo que el acto de traslado no produce efectos y en lo que respecta a la excepción de prescripción, la misma no está llamada a prosperar, pues tratándose de pretensiones encaminadas a buscar la nulidad del traslado de régimen pensional y sus efectos, este fenómeno no aplica, pues las mismas ostenta un carácter declarativo y se relacionan con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible que no es susceptible de extinción por el paso del tiempo.

4. Recurso de apelación

Apeló la apoderada de Colpensiones. Manifiesta que, como lo ha indicado el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, el precedente del órgano de cierre de la jurisdicción laboral no debe ser aplicado de manera objetiva, pues deben analizarse las circunstancias de cada caso concreto, en especial lo referente a los derechos adquiridos y expectativas legítimas, pues debe tenerse en cuenta que la demandante

no es beneficiaria del régimen de transición y no tenía una expectativa legítima sobre el derecho a la pensión.

De otra parte, menciona que en este caso nos encontramos frente a una prohibición legal para acceder al traslado de régimen de conformidad con lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, en consonancia con la sentencia SU 062, además, de tener en cuenta la sentencia C-242 de 2009, la cual hace referencia a que las reformas a los regímenes pensionales garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de los otros potenciales pensionados.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto del 14 de enero de 2020 se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. La parte demandante y la demandada Colpensiones, presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en su demanda y contestación.

Finalmente, por auto del 30 de junio del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 6 de julio de la misma anualidad.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual la mayoría de la Sala decidió:

*“**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y con ello, se **ABSUELVE** a las demandadas de las pretensiones de la demanda.*

***SEGUNDO.- COSTAS** en ambas instancias a cargo de la parte actora. (...)*”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

6. De la acción de tutela

Interpone la señora Mina Carabalí acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 60152, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 10 de agosto de 2020, en el que se dispone:

*“**PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE** la tutela de los derechos invocados, de conformidad con las razones acotadas en precedencia.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01

Demandante: AMANDA MINA CARABALI

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

SEGUNDO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”

Dicha providencia fue impugnada por la parte accionante, por lo que mediante fallo STP9637-2020 con radicación 112395 del 15 de septiembre de 2020, notificada el 03 de diciembre del año en curso, la Sala de Casación Penal dispuso:

“1. REVOCAR la sentencia del 10 de agosto de 2020, proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y CONCEDER la acción de tutela interpuesta por AMANDA MINA CARABALÍ.

2. ORDENAR a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá que en un término de 15 días contados a partir de la notificación de esta providencia, emita una nueva decisión conforme al precedente constitucional contenido en la STL1677-2019 o en caso de apartarse del mismo, exponga los motivos que sustenten su decisión.

3. NOTIFICAR esta providencia de conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.”

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 31 de mayo de 2006 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 32 y 129) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008¹, dijo:

“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.

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01

Demandante: AMANDA MINA CARABALI

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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

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

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

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

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

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

“Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible –

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01

Demandante: AMANDA MINA CARABALI

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”²

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Es por ello que dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios fueron expuestos en la sentencia de tutela No. 112395 (STP-9637-2020) del 15 de septiembre del año que avanza a la cual se le da cumplimiento mediante el presente proveído.

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folios 32 y 129 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 31 de mayo de 2006 con la AFP Porvenir S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del interrogatorio de parte rendido por la actora no puede extractarse confesión en tal sentido.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, con las sentencias arriba citadas se da al traste con lo argüido por la parte apelante ya que no es necesario que la afiliada cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, conforme los argumentos esgrimidos por la parte apelante respecto de la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, señaló:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01

Demandante: AMANDA MINA CARABALI

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Por lo anterior, no le existe razón a la recurrente al considerar amenazado el principio de sostenibilidad financiera, por cuanto las AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales asumen los cargas que tiene que se adjudica la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Por lo anterior, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluricitada acción constitucional con radicado No. 61050, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 021 2018 00434 01
Demandante: AMANDA MINA CARABALI
Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

232A

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada promovida por la señora Amanda Mina Carabalí en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído..

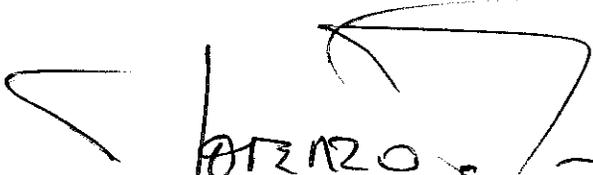
SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY
~~Aclaración de Voto~~

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01
Demandante: **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL**
Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

Magistrada Sustanciadora: Clara Leticia Niño Martínez.

Bogotá, D.C., once (11) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Discutido y Aprobado según Acta No 010

I. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, se encuentra posesionada en el cargo a partir del 27 del mes y año que avanza, atendiendo la licencia otorgada a la Magistrada Dra. Rhina Escobar Barboza por la Sala de Gobierno de la H. Corte Suprema de Justicia.

II. ASUNTO

Atendiendo lo dispuesto en el fallo proferido el 26 de octubre del año que avanza, dentro de la acción de tutela No. 61050, se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la **DEMANDADA PORVENIR**, en contra de la sentencia proferida el 26 de agosto de 2019 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, así como el grado jurisdiccional de **CONSULTA** a favor de Colpensiones, dentro del proceso ordinario laboral que **PLINIO NOÉ GORDILLO VILLAMIL** promoviese contra Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada al RAIS a través de Porvenir, así como las siguientes efectuadas a diferentes AFPs y como consecuencia de ello se ordene el traslado de todos los valores recibidos a Colpensiones y a esta última que reciba al demandante como afiliado.

Se edifica la demanda y de forma principal, en el presunto engaño que sufrió el actor, el que fue determinante para que decidiera modificar su régimen pensional.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Protección S.A., se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda en su contra, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), adujo, en síntesis, que todas las actuaciones de ese fondo han estado precedidas de buena fe y legalidad y es por ello que todas las personas afiliadas a esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria tal y como lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, prueba de lo cual es el formulario de afiliación mediante el cual el demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS, suscribiendo el mismo e indicando que la afiliación se realizó completamente libre de vicios del consentimiento y después de recibir una adecuada información como se puede evidenciar en dicho documento.

Resalta que **Protección S.A.** brindó una asesoría completa y comprensible al demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación del demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Menciona que tratándose de la aplicación de las normas jurídicas en el tiempo es claro que la regla general es la irretroactividad de la ley, esto es, las normas jurídicas regulan situaciones futuras o posteriores a su promulgación, pues las situaciones consolidadas en el pasado están reguladas por la norma anterior, por lo que no resulta válido imponer obligaciones a las AFPs con base en normas inexistentes al momento del traslado del demandante.

Finalmente, indica que el demandante no hizo uso de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues el actor no ostenta la calidad de pensionado ni es beneficiario del régimen de transición y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

Colpensiones, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción), expone, en síntesis, que al momento de solicitar el cambio de régimen, al demandante le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01

Demandante: **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A**

pensión de vejez, por lo que se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado de régimen.

Indica que no fue demostrada la existencia de alguna de las causales de nulidad, verbigracia vicios del consentimiento al momento de la afiliación y que la anterior prohibición se encuentra estatuida para evitar la descapitalización del sistema general de pensiones y de este modo asegurar el pago futuro de las pensiones de los afiliados y el reajuste económico de las mismas.

Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideró tener a su favor (entre ellas la de prescripción), adujo, en síntesis, que la solicitud de nulidad es improcedente por cuanto no existe vicio alguno en el consentimiento al momento del surgimiento del acto jurídico de afiliación a esta AFP, por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección del régimen realizado por la demandante.

Señaló que la selección de cualquiera de los regímenes previstos por la Ley es libre y voluntaria por parte del (a) afiliado (a), quien manifiesta por escrito su elección al momento de su vinculación o traslado, lo cual se realiza con la suscripción de afiliación al respectivo fondo, ya que con la firma impuesta en la misma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al régimen de ahorro individual.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que el demandante no puede aducir que fue engañado, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente. Adujo que el error de hecho sólo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen como cometidos en el contrato celebrado entre el demandante y la AFP, pues ella sí pretendió afiliarse al RAIS y mantenerse en este, como por tanto tiempo lo ha hecho.

Finalmente, expresó que para el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso el demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiario del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que la lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el señor PLINIO NOÉ GORDILLO VILLAMIL al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 13 de marzo de 1995.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de pensiones del régimen individual PORVENIR, a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el señor PLINIO NOÉ GORDILLO VILLAMIL junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna bajo concepto de administración.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte el traslado de la demandante y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas. (...)

Para arribar a la anterior decisión, estimó que la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, ha señalado que para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, así como los beneficios que obtendría, es decir, se debe demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permita o no garantizar una manifestación de voluntad autónoma y consciente, además, menciona que se da una inversión en la carga de la prueba, en virtud de la cual es el fondo de pensiones el que debe demostrar que brindó toda la información necesaria para que el demandante tomara la decisión que le resultara más favorable en cuanto al régimen de pensiones al que debía estar afiliado.

Frente al caso particular manifestó, que fue allegado el formulario de afiliación, cuya casilla denominada “voluntad de afiliación” se encuentra rubricada por el demandante y en la misma se hace constar que la selección del RAIS ha sido efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones, no obstante lo cual, y conforme lo indicado por la jurisprudencia de la mentada Corporación, le correspondía al fondo de pensiones, en este caso Porvenir ante quien se realizó el traslado inicial, demostrar que el demandante tomo una decisión autónoma y consiente al haber sido informado de las consecuencias que acarrearía el cambio de régimen de pensiones, lo cual no aconteció, pues conforme el material probatorio allegado no existe prueba alguna que demuestre que dicha entidad documentó clara y suficientemente al actor sobre los efectos que le traerían trasladarse del RPM al RAIS, ya que el formulario de afiliación no establece exactamente cuál fue la información dada al demandante al momento de su cambio de régimen y del interrogatorio de parte rendido por este no se puede establecer a ciencia cierta cuál fue la información dada por Porvenir. Así las cosas, dicha AFP no acredita que en 1995 le haya brindado al actor la información necesaria, oportuna y eficaz para que el traslado de régimen cumpliera sus efectos jurídicos, por cuanto si bien es

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01

Demandante: **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A**

cierto, el demandante continuó en el error al haberse afiliado posteriormente a otros fondos de pensiones, también es cierto que ninguna de estos acreditó haberle informado por lo menos las características propias del RAIS, tampoco la facultad de trasladarse antes de que le faltaran 10 años para adquirir el derecho pensional, circunstancias que debieron ser informadas tanto por Porvenir como por Protección al momento de sus afiliaciones, circunstancias que, reitera, no fueron acreditadas en este caso.

Indicó que ni la jurisprudencia ni la ley tienen establecido que debe contarse con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información, ni tampoco si se tiene o no un derecho consolidado, un beneficio transicional o si se está o no próximo a pensionarse dado que la violación al deber de información se predica de la validez del acto jurídico del traslado considerado en sí mismo.

4. Recurso de apelación

Porvenir S.A.

Indica que conforme al SIAF la primera afiliación que efectuó el demandante lo fue el 13 de marzo de 1995 a ING y posteriormente aparece un traslado de AFP en el año 1997 a Porvenir, por lo que de acuerdo a dicho sistema la AFP que realizó el traslado de régimen fue ING.

Refiere que el acto de traslado a Porvenir estuvo precedido de todos los requisitos legales existentes para dicha época, por lo que para esa entidad no era una carga legal realizar una proyección que determinara cual régimen le beneficiaba o no al demandante ya que le faltaban 748 semanas para adquirir cualquier derecho pensional y 26 años de cotización para tener la edad estipulada para tener derecho a cualquier prestación económica por vejez, razón por la cual, cualquier proyección que se hubiere efectuado en esas condiciones no hubiera estado ajustada a la realidad, siendo esta una carga que no se le puede imponer a esta AFP, pues dicho cálculo no estaba determinado ni era obligatorio por ley para la entidad.

Aduce que el demandante efectuó ratificación de pertenecer a dicho régimen, no solamente con los formularios de afiliación sino también con los diferentes aportes que ha efectuado durante su vida laboral, también hace referencia a que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y no tenía ningún derecho consolidado al momento del traslado, además de manifestar su desacuerdo en lo que respecta a los gastos de administración, ya que conforme a la ley estos son una comisión, además que de haber permanecido el afiliado en el RPM no hubiera tenido esa rentabilidad de la cual se vio beneficiado. Finalmente menciona que tampoco se encuentra de acuerdo con la condena en costas.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto del 08 de octubre de 2019 se admite el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar mediante auto de fecha 8 de junio de 2020. La parte demandante y las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron sus alegaciones reiterando aquello expresado en su demanda y contestación.

Finalmente, por auto del 30 de junio del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 6 de julio de la misma anualidad.

Llegada la fecha señalada, se profirió fallo de instancia, en el cual la mayoría de la Sala decidió:

*“**PRIMERO.- REVOCAR** la sentencia apelada y consultada. En su lugar, se declara probada la excepción de **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN** y con ello, se **ABSUELVE** a las demandadas de las pretensiones de la demanda.*

***SEGUNDO.- COSTAS** en ambas instancias a cargo de la parte actora. (...)*”

Decisión que se tomó por la mayoría de la Sala, atendiendo los argumentos allí expuestos, y la cual, no fue objeto de casación.

6. De la acción de tutela

Interpone el señor Gordillo Villamil acción de tutela contra este Tribunal, la cual fue conocida por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia bajo el número de radicación 61050, dentro de la cual, se profirió fallo de fecha 26 de octubre de 2020, notificado el 11 de noviembre del año que avanza, en el que se dispone:

*“**PRIMERO:** Conceder la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital e igualdad del accionante.*

***SEGUNDO:** Dejar sin efecto la sentencia que la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá profirió el 6 de julio de 2020, en el proceso ordinario laboral que el accionante adelantó contra Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones.*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01

Demandante: PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

TERCERO: Ordenar al citado Tribunal que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de la presente providencia, profiera nueva decisión teniendo en cuenta lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Exhortar a la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que en lo sucesivo acate el precedente judicial emanado de esta Corporación y, de considerar imperioso separarse de él, cumpla de manera rigurosa el deber de transparencia y carga argumentativa suficiente, en los términos de las sentencias CC C-621-2015 y CC SU-354-2017 de la Corte Constitucional.

QUINTO: Notificar a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada.”

IV. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior, y atendiendo lo dispuesto en el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 la Sala procede a acatar el mandato realizado por vía de tutela, atendiendo los argumentos expuestos por el Superior, como a continuación se pasa a indicar.

Cumplimiento al fallo de tutela

A través de la Ley 100 de 1993 se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social, conformado, entre otros, por el sistema de pensiones, dentro del cual se crearon dos regímenes: el de Prima Media con Prestación Definida y el de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo dispone su artículo 12.

A su vez, el artículo 13 de la norma en mención, estipuló las características del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, consagrando que la selección de los regímenes precitados es libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o traslado, lo que implica a su vez la aceptación de las condiciones propias de este.

Para proteger el derecho a la libre elección de régimen, el mismo legislador previó, en el artículo 271 ídem, sanciones para aquella persona, natural o jurídica, que desconozca tal prerrogativa de los afiliados, siendo una de estas que la afiliación quede sin efecto.

Descendiendo al caso bajo estudio, claro es que el 13 de marzo de 1995 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colmena (fl. 133) a efectos de trasladarse de régimen pensional, pues anteriormente se encontraba cotizando al ISS, aclarando que si bien a folio 169 obra formulario de

afiliación a Porvenir de fecha 20 de abril de 1994 (fl. 169) en la información que obra en el SIAF (fls. 134 y 170) obra como fecha de traslado de régimen el 13 de marzo de 1995, esto es se tuvo como efectivo el realizado a Colmena.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008¹, dijo:

“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,

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01

Demandante: **PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL**

Demandado: **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A**

como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

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

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales."

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia SL 1688-2019 Radicación No. 68838, la mentada Corporación expuso:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el

grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido”.

En la misma línea, la sentencia SL 17595 de 2017 indicó que la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones era de carácter profesional, que esta debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las mismas tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Y en lo que respecta a la carga de la prueba dicha Corporación, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

(…) no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada – cuando no imposible – o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01

Demandante: PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”²

Es por ello que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, ya que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las Administradoras de Fondos de Pensiones, sobre estas pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de sus afiliados, quienes buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte, sin detenerse en conceptos legales, técnicos, expertos o especializados. Es por ello que dichas entidades son las que deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que el juzgador pueda llegar a la convicción que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones del traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el cual, no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de la decisión que se persigue.

Ahora bien, respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

“(…) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”

Estos criterios fueron expuestos en la sentencia de tutela No. 61050 (SL-9447-2020) del 26 de octubre del año que avanza a la cual se le da cumplimiento mediante el presente proveído.

Así, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 133 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 13 de marzo de 1995 con la AFP Colmena Cesantías y Pensiones (hoy Protección S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del interrogatorio de parte rendido por el actor no puede extractarse confesión en tal sentido.

Frente al particular, la sentencia SL 4426-2019 Radicación No. 79167, expuso:

“(...) la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)”

Así las cosas, atendiendo lo dispuesto en la jurisprudencia en cita, y conforme los argumentos esgrimidos por el apelante, si bien para la época en que el señor Gordillo Villamil se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (13 de marzo de 1995) no era obligatorio para las administradoras de fondos de pensiones efectuar una proyección pensional a sus posibles afiliados, no es menos cierto que para dicha data sí tenían la obligación de brindarles información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, lo cual no fue acreditado dentro del plenario.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se da al traste con lo argüido por el apelante ya que no es necesario que el afiliado cuente con una expectativa pensional, derecho consolidado o tuviera algún tipo de beneficio transicional para que proceda la ineficacia del traslado a una administradora de fondos de pensiones por el incumplimiento al deber de información, así como tampoco el traslado del demandante entre fondos de pensiones convalida o ratifica la actuación de traslado sin el cumplimiento del deber de información.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP accionada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Por lo anterior, y en cumplimiento a lo ordenado en la pluricitada acción constitucional con radicado No. 61050, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05 026 2018 00463 01

Demandante: PLINIO NOE GORDILLO VILLAMIL

Demandado: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A

285

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada promovida por el señor Plinio Noé Gordillo Villamil en contra de Colpensiones y otras, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

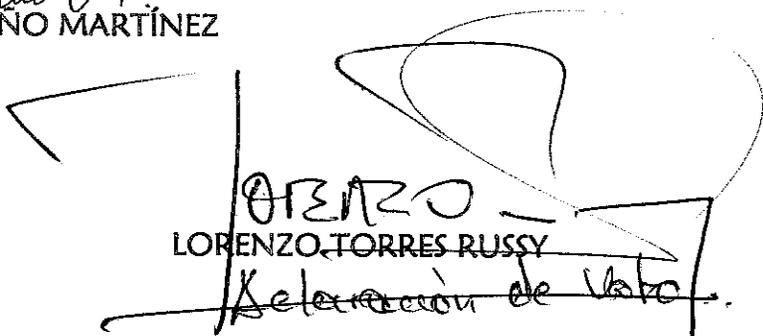
SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,


CLARA LETICIA NIÑO MARTÍNEZ


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


LORENZO TORRES RUSSY

~~Selección de voto.~~