

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que EDID BRAVO JIMÉNEZ en calidad de hija de AURELIANO BRAVO promoviese contra JULIO ADONAI OCHOA GONZÁLEZ.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la **declaratoria** de un contrato de trabajo a término indefinido entre Aureliano Bravo y Julio Adonai Ochoa González desde el 01 de enero de 1979 hasta el 18 de enero de 2016. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de horas extras diurnas, horas extras dominicales diurnas, horas extras festivas diurnas, recargo dominical diurno, recargos diurnos festivos, recargo nocturno ordinario, recargo nocturno dominical, recargo nocturno festivo, aportes a pensión, dotaciones, vacaciones, cesantías, indemnización moratoria, y sanción por no consignación de las cesantías.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, en las que el accionando se abstuvo de realizar el pago de las acreencias laborales pretendidas.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, **contestó** en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que Aureliano Bravo laboró para Julio A Ochoa y Cia E.U desde el 01 de enero de 2012 hasta el 18 de enero de 2016.

Finalmente señaló que, el señor Aureliano Bravo nunca excedió 48 horas de trabajo; disfruto de vacaciones; le suministraron dotaciones; y que se pagó la liquidación de prestaciones sociales a través de consignación de depósito judicial, en la medida que, se acercaron a reclamar no sólo la accionante sino también más hijos del señor Bravo, y su presunta compañera permanente.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR la existencia de una relación laboral celebrada entre Aureliano Bravo y el demandado con vigencia entre el 22 de mayo de 2008 y el 18 de enero de 2016

SEGUNDO. - DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE la excepción de prescripción respecto de acreencias laborales causadas con anterioridad al 10 de noviembre de 2013, y como consecuencia se ORDENA al demandado pagar al señor Aureliano Bravo las siguientes sumas de dinero por los conceptos que se indican a continuación:

- a) La suma de \$3'763.258 por concepto de auxilio de cesantías
- b) La suma de \$165.203 por concepto de intereses a las cesantías
- c) La suma de \$664.647 por concepto de prima de servicios
- d) La suma de \$688.348 por concepto de vacaciones
- e) La suma de \$16'520.073 por concepto de indemnización por no consignación a fondo de cesantía
- f) La suma de \$330.406 por indemnización no pago de intereses a las cesantías
- g) La suma de \$22.983 diarios a partir del 18 de enero de 2016 y hasta que el pago se verifique por concepto de indemnización moratoria
- h) El pago de aportes a pensión según los porcentajes legales establecidos, dejados de cotizar por el empleador, a órdenes de la entidad de seguridad social que la actora elija, debiendo la parte demandada efectuar la afiliación y el depósito de la suma debida por este concepto que se hubieren generado durante la vigencia del vínculo laboral

TERCERO. – NEGAR las demás pretensiones de la demanda

CUARTO. – AUTORIZAR a la demandada descontar de lo adeudado los dineros que fueron consignados en el Banco Agrario a título de liquidación.

(...) **SÉPTIMO. – SE DISPONE** que todo lo anteriormente indicado deberá ser o formar parte de la masa sucesoral que se adelante o se haya llevado a cabo para los efectos pertinentes

En síntesis, refirió que, la relación laboral terminó el 18 de enero de 2016 por muerte del trabajador, Aureliano Bravo, demandándose el 10 de noviembre de 2016, por lo que, operó prescripción únicamente lo relativo a las acreencias laborales causadas con anterioridad al 10 de noviembre de 2013, con excepción de las cesantías que se causa cuando termina el contrato de trabajo.

Adujo que, de conformidad con el acervo probatorio únicamente es posible determinar que, entre el señor Aureliano Bravo y Julio Adonai Ochoa González, existió un contrato de trabajo entre el 22 de mayo de 2008 y el 18 de enero de 2016.

Indicó que, por lo anterior hay lugar a prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social, empero absolvió por concepto de tiempo complementario y dotaciones, como quiera que, los primeros no se están debidamente demostrados pues no es posible suponerlos, y los segundos, lo que genera es una indemnización de perjuicios sin que estos hubieran sido acreditados.

Agregó, que hay lugar a la sanción por no consignación de las cesantías, ya que, no se demostró el pago de las cesantías a través de un fondo. Adicionó que se condena por concepto de indemnización por no pago de intereses a las cesantías e indemnización moratoria, dado que no se demostró que el pago de prestaciones sociales en tiempo, sin que aparezcan acreditadas situaciones de las que se pueda desprender buena fe.

Finalmente explicó que, de lo pagado a través de título judicial debe ser descontado lo que se condenó; y que lo que es objeto de condena debe hacer parte de la masa sucesoral.

4. Argumento de la Recurrente

Parte demandada

Adujo que, dentro del expediente no obra prueba alguna de los extremos temporales que tiene en cuenta el Despacho para cuantificar las condenas, por demás que, en audiencia anterior se dejó claro que el señor Aureliano ya había demandado por los mismos hechos y por las mismas circunstancias al accionado, lo que se adelantó en el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

Dijo que, las cesantías si obran en el fondo donde estuvo afiliado el señor Aureliano Bravo, y que fueron consignados oportunamente desde el 01 de enero de 2012 hasta el 18 de enero de 2006, por lo que no es posible imponer la sanción por no consignación de las cesantías. Aunado a ello, la Corte Suprema de Justicia reiteradamente ha dicho que debe demostrarse la mala fe, tan es así que obra título judicial sobre el pago de las acreencias laborales que se realizó porque no había claridad de los herederos del causante.

Indicó que, no se entiende como se declaró la excepción de prescripción de acreencias laborales causadas con anterioridad al 10 de noviembre de 2013, pero no lo hace frente a las cesantías.

Finalmente expresó que, de los testigos y de los interrogatorios de parte se puede establecer que en la relación laboral hubo solución de continuidad y otras demandas, como la del Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, sin que tal oportunidad fuera utilizada por las partes.

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 medio de impugnación.

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Es dable establecer que entre el señor Aureliano Bravo y la demandada hubo un contrato de trabajo?, y ¿hay lugar al pago de las acreencias laborales y sanciones que se pretende?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Apreciación Probatoria y Contrato de Trabajo

Para determinar si el carácter de la vinculación es de naturaleza laboral, se debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, correspondiéndole a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, tal y como lo ha asentado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada el 03 de agosto de 2017, Rad. 49290, entre otras.

En igual sentido, la máxima corporación de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad laboral, sentencias del 24 de abril de 2012, Rad. 41890, reiterada el 04 de noviembre de 2015, Rad. 43377, por mencionar algunas, ha expuesto que le corresponde a la parte actora acreditar los extremos temporales de la relación laboral, de modo que, se procede a verificar el cumplimiento de los supuestos narrados.

Al respecto, encuentra la Sala que a folios 71 y 72 obran constancia de pago que dan cuenta que al señor Aureliano Bravo le fueron efectuados reconocimientos económicos quincenales por parte de Julio A Ochoa y Cia E.U, por los meses de septiembre a noviembre de 2015. Igualmente, en la historia laboral de folios 95 a 104 y 136 a 151, se logra evidenciar que quien realizó los aportes a seguridad social en pensiones fue Julio A Ochoa y Cia E.U, a favor del señor Aureliano Bravo; mismo escenario que se presenta en el contrato de trabajo del 01 de enero de 2012 de folios 105 a 107, en el que se pone de presente que quienes celebran dicho acto, son por una parte Aureliano Bravo, y por otra, Julio A Ochoa & Cia E.U, así como en las liquidaciones finales de prestaciones sociales, en el título judicial, en comunicación remitida a la ARL, y en memorandos informativos (fls. 108, 109, 112, 134, 164, 167, 173 a 180, 186 a 201, 204, 222).

Del mismo modo, obra a folio 159, liquidación final del contrato de trabajo celebrado para el año 2011, no obstante, también aparece que a quien se dejó paz y salvo fue a Julio A Ochoa & Cia E.U (fl. 160). A la par, se allegó conciliación celebrada entre el señor Aureliano Bravo y el accionado, en la que se dejó a éste a paz y salvo por todo concepto (fls. 161 y 162); renuncia frente al contrato de 2011 (fl. 163); contrato de arrendamiento de vivienda rural (fls. 183 a 185); comunicaciones de folios 207 a 209, 211 a 213.

De igual manera, obra a folio 215 paz y salvo frente a una relación laboral celebrada entre Aureliano Bravo y Julio A Ochoa & Cia E.U, en 2010, así como el pago de prestaciones sociales, acta de conciliación, renuncia, entrega de herramientas, llamado de atención (fls. 216 a 221, y 223 a 227). Al mismo tenor, obra liquidación de prima de servicios del periodo agosto de 2009 a diciembre 2009, certificaciones de pagos de parafiscales de salud y pensión por los años 2009 y 2010, solicitud de préstamo, documentos para ingresar a laborar, llamados de atención, comunicación a la EPS Humanavivir, documentación para afiliación a seguridad social, contrato de trabajo, acta de conciliación, y renuncia (fls. 232 a 238, 240, 241, 243, 245 a 255).

Finalmente, obra certificación de que el señor Aureliano Bravo y Julio A Ochoa & Cia E.U laboró en dicha empresa desde el 22 de mayo de 2008 (fl.239), junto con el correspondiente contrato de trabajo (fl.257)

Ahora bien, únicamente obra en el plenario una comunicación del 08 de mayo de 1998, y un recibido de prima de servicios del 21 de diciembre de 1996, sin que se logre desprender cuales fueron los periodos laborado por el señor Aureliano Bravo a favor de Julio A Ochoa & Cia E.U (fls.228 y 229),

Por otra parte, Julio Adonai Ochoa González rindió su declaración de parte, informando que el señor Aureliano Bravo trabajó con solución de continuidad, por lo que iba y venía. En cuanto a los testigos Nubia Zenaida Hernández Jiménez y Rubén Darío Moreno, señalaron que, si bien les constaba que el señor Aureliano Bravo trabajó al servicio del accionando en las fincas de este último, no le consta desde que fecha aproximadamente, estableciendo en el mejor de los casos que fue por lo menos de 15 años atrás, misma fecha que se informa en las declaraciones extraprocesales de Suridht Adriana Rodríguez Bravo, Rubén Darío Moreno Caíta, Magda Jazmín y Edid Bravo Jiménez (fls. 75 y 76).

Por su parte, la testigo Liliana Esperanza Rodríguez señaló que desde 2008 Julio A Ochoa & Cia E.U fue el empleador del señor Aureliano Bravo.

Así las cosas, y del anterior acervo probatorio relatado, no es posible establecer fehacientemente la existencia de una relación laboral entre los señores Aureliano Bravo y Julio Adonai Ochoa González, antes del 22 de mayo de 2008, pues únicamente, obran dos documentos de 1996 y 1998, y las declaraciones extraprocesales en tal punto son genéricos, sin que se pueda con tales probanzas determinar cuándo se prestaron los servicios por parte del señor Bravo a favor del señor Ochoa, ni cuanto perduró.

En cuanto al periodo posterior al 22 de mayo de 2008, atendiendo el acervo probatorio, es claro que la prestación del servicio del señor Aureliano Bravo lo fue con Julio A Ochoa & Cia E.U, pues la totalidad de los contratos de trabajo que suscribieron, las liquidaciones de prestaciones sociales, conciliaciones, comunicaciones, entre otros actos, lo fueron con tal persona, no con el señor Julio Adonai Ochoa González como persona natural.

De esta manera, la prestación personal del servicio no se encuentra acreditada con quien obra aquí como accionado, por lo que, no se le podría imponer condena, pues el acervo probatorio da cuenta de una empresa unipersonal distinta de la persona natural antedicha, pues recuérdese que al amparo del artículo 71 de la Ley 222 de 1995, una vez inscrita en el registro mercantil, “forma una persona jurídica”, tal y como fue advertido por la sentencia SL641-2018. Además, no se observa que se está requiriendo una responsabilidad solidaria del empresario por las obligaciones laborales de la empresa unipersonal, así como tampoco las pruebas recolectadas dan cuenta que el verdadero empleador lo fue el accionando y que la empresa unipersonal hubiere sido una fachada para evadir sus responsabilidades, pues contrario a ello, lo que se observa es que dicha persona jurídica cumplió con las acreencias laborales que estaban a su cargo.

Por lo anteriormente expuesto, se REVOCARÁ la sentencia y en su lugar se DECLARARÁ PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, y en consecuencia se ABSOLVERÁ al demandado de las pretensiones incoadas en su contra.

Demandante: **EDID BRAVO JÍMEZ**

Demandado: **JULIO ADONAI OCHOA GONZÁLEZ**

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. 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. – **REVOCAR** la sentencia. En su lugar se **DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN**, y en consecuencia se **ABSUELVE** al señor Julio Adonai Ochoa González de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO. - Costas en ambas instancias 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,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



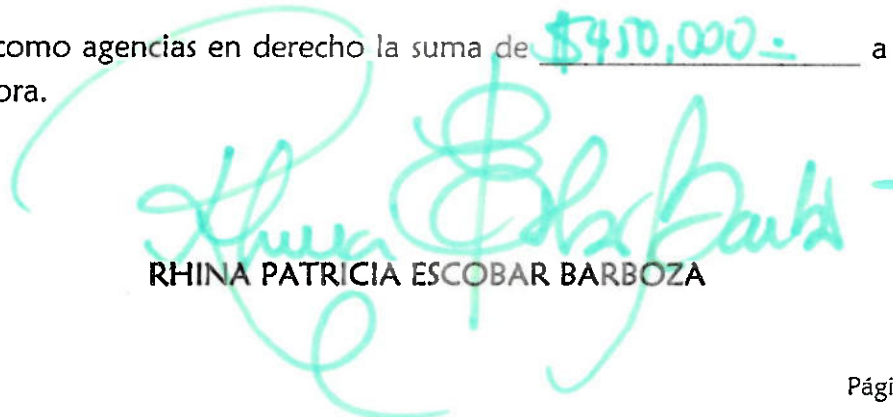
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450,000.- a cargo de la parte actora.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. LAURA ROCIO MARTÍNEZ LIZARAZO, identificada con T.P. No. 280.323 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

II. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los apoderados de las demandadas y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que OLGA LUCÍA CEBALLOS GALINDO promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen y afiliación que realizó la actora a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de ello se ordene a Protección S.A. realizar el traslado a Colpensiones de todos los aportes y los rendimientos efectuados por la demandante y que esta última active su afiliación en el Régimen de Prima Media y acepte y reciba el traslado de los aportes.

Código Único de Identificación: 11001310500220180076201

Demandante: OLGA LUCÍA CEBALLOS GALINDO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A

Se edifica la demanda y de forma principal, en que al momento de su afiliación a Protección, esta no le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones que consideró tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

Menciona que, la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues cuenta con 57 años al momento de solicitar el traslado.

Expone que, la Ley 100 de 1993 estableció como principio la libre escogencia de regímenes, empero, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional se limitó el derecho de traslado cuando al afiliado le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad pensional y en este caso a la actora le faltan menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

Indica que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la demandante y la AFP Protección S.A., no existió injerencia alguna de la entidad para que la actora tomara la decisión de trasladarse, por lo que, en caso de una eventual condena, la llamada a responder sería la entidad privada.

Aduce que las proyecciones pensionales no son prueba útil para demostrar un vicio del consentimiento, por demás que la obligación de realizar tales cálculos nació con el Decreto 2071 de 2015 y para el momento del traslado dependía de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía.

Señala que la demandante permaneció en el RAIS por más de 14 años, lo que lleva a concluir que quería permanecer en dicho régimen y solo hasta que se dio cuenta que su decisión no era la que esperaba quiso regresar al RPM, lo cual no es responsabilidad de Colpensiones, pues la accionante tenía pleno conocimiento de lo que hacía y tampoco ha demostrado algún vicio del consentimiento al momento de su afiliación al RAIS.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo las excepciones que consideraba tener a su favor, incluida la de prescripción.

Adujo 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 Protección S.A. 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 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 de la demandante.

Finalmente, indica que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no 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 la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa 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.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO: Declarar la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante Olga Lucía Ceballos Galindo identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.894.206 al Régimen de Ahorro Individual, realizada el 1º de febrero del 2004 a Protección, conforme lo *dicho* en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Condenar a la demandada Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, a la Administradora Colombiana de Pensiones

Código Único de Identificación: 11001310500220180076201

Demandante: OLGA LUCÍA CEBALLOS GALINDO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A

– Colpensiones, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante Olga Lucia Ceballos Galindo identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.894.206 y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del Código Civil, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

TERCERO: *Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, a recibir los aportes de la accionante Olga Lucia Ceballos Galindo identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.894.206, en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada por esa entidad, proceda a corregir y actualizar su historia laboral y tener entre sus afiliados a la demandante como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático.*

CUARTO: *Dadas las resultas del juicio no se declaran probadas las excepciones propuestas por las convocadas a juicio. (...)*

En síntesis, la juzgadora de primer grado indicó que conforme pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia del traslado procede para todos los afiliados al sistema pensional sin distingo a su pertenencia o no al sistema de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que la carga de la prueba recae en la AFP, quien debe acreditar que informó al afiliado las consecuencias de su traslado, por lo que la pérdida del régimen de transición no es lo único que impulsa a la demandante para promover esta acción

Menciona que el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 establece el requisito para el traslado por primera vez del RPM al RAIS, el cual consiste en que deberán presentar a la respectiva entidad administradora, comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, además, que la jurisprudencia ha establecido la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación, la cual consiste en proporcionar una información completa, adecuada, suficiente y comprensible de todas las etapas de dicho proceso, desde que la persona se afilia hasta que disfruta de la pensión y ello es así porque las AFPS se ubican en una posición predominante frente a los afiliados.

Aduce que, conforme la jurisprudencia, no basta con la suscripción del formulario de afiliación, por cuanto este no es suficiente para dar por demostrado el deber de información ya que, a lo sumo, se acredita el deber de consentimiento, pero no informado.

Refiere que, en el presente asunto no se aportó prueba alguna que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, pues la mera

suscripción del formulario de afiliación solo prueba una situación genérica, sin que la AFP encartada hubiese probado haber brindado una asesoría sobre la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Concluye indicando que, frente a la prescripción, esta no es aplicable al caso pues los efectos de la nulidad revierten el traslado, y es como si nunca hubiese ocurrido tal acción, además, que los aportes entregados al RAIS son para construir la prestación pensional, por lo que revisten de imprescriptibilidad.

4. Argumentos de los recurrentes

Protección S.A.

Menciona que, frente a la devolución de los gastos de administración y los dineros pagados por concepto de sumas a la aseguradora o valores cancelados por el seguro previsional, la accionante al día de hoy se ha visto amparada y beneficiada antes los riesgos de invalidez, vejez y muerte, pues dichos descuentos son autorizados por la Ley 100 de 1993 y se hacen para cubrir restos gastos de administración y pagar la prima del seguro previsional y es un gasto que opera en ambos regímenes pensionales.

Indica que obra prueba en el expediente que demuestra que los aportes de la accionante tuvieron ganancias de más del 180%, lo que da cuenta que los mismos fueron administrados por esa entidad.

Aduce que, al ordenar la devolución de dinero por dichos conceptos, se constituiría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, al recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez, además que se le está trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de la entidad, por lo cual tiene derecho a dicha comisión como restitución mutua a su favor.

Refiere que, si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior, se podría deducir: 1) que el contrato de afiliación nunca existió, 2) que Protección no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro de la demandante, 3) que los rendimientos que produjo esa cuenta no se causaron, y 4) que no existió el cobro de una comisión de administración.

Expone que, en sentencia con radicado No. 31989 del 9 de septiembre del 2008, la Corte Suprema de Justicia manifestó que las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las pretensiones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tiene cabida enteramente en el derecho social de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original al momento que se formalizo el acto anulado mediante la restitución completa de las pretensiones que uno u otro hubieran dado y recibido a de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral y la seguridad social.

Dice que el Decreto 2555 del 2010 señala que los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera, y que esa entidad, en concepto del 17 de febrero del 2020 indicó que cuando se declara judicialmente la nulidad o ineficacia de la afiliación debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008 que establece que cuando se da un traslado de régimen se debe de trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados en la gestión administradora privada que genera los rendimientos que se trasladan a la administradora de destino, así como considera que tampoco debe de trasladarse la prima de seguro previsional en atención a que dicho porcentaje ya fue sufragado en la compañía asegurado y cumplió su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

En cuanto al seguro previsional, aduce que este ya fue girado a una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pague una suma adicional, de hecho, dicha prima ya fue pagada mes a mes a la aseguradora durante el tiempo de afiliación de la demandante y esa entidad esta imposibilitada de generar una devolución y dársela a Colpensiones, ya que la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y Protección.

Colpensiones.

Indica que el fallo de primer grado no tuvo en cuenta las razones esgrimidas por esa entidad en cuanto a las disposiciones del Código Civil frente a la nulidad decretada, pues no es acertado tener por cierta una situación fáctica que no se logró demostrar en el proceso, ya que no se evidenciaron cuales fueron esos vicios del consentimiento que rodearon la suscripción del contrato de afiliación entre la accionante y Protección S.A. y que debieron ser probados.

Expone que, si bien la AFP debió informar de manera suficiente a la actora esto no la exonera del deber de concurrir suficientemente ilustrada a la escogencia de su régimen pensional, como tampoco la sustrae de la aplicación de la ley para darle un trato desigual, como si su capacidad para celebrar actos jurídicos estuviera menguada.

Solicita se tengan en cuenta las sentencias emanadas por la H. Corte Constitucional como las SU 1024 del 2004, SU 062 del 2010 y SU 130 del 2013, donde se indica que en materia de traslado nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por los otros afiliados, dado que el RPM se capitalizaría.

Aduce que la nulidad o ineficacia del traslado afecta sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

Indica que, en caso de que el Tribunal confirme la decisión de primer grado, el cumplimiento de la misma se condicione, en el sentido del previo cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrante de la cuenta individual de la demandante como quiera que esa entidad no podrá dar cumplimiento al fallo hasta tanto la AFP

Protección reintegre los recursos y actualice los datos de la demandante en la respectiva base de datos.

Finalmente, solicita no se condene en costas a esa entidad pues no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es una tercera a la que se le causo daño justificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 9 de noviembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y de la demandada Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en su demanda y contestación, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 23 de febrero del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 26 del mismo mes y año.

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 los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, al ser imposible sostener una interpretación diferente.

V. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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 11 de diciembre del año 2003 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Santander (hoy Protección S.A.), cuya fecha de efectividad data del 1º de febrero de 2004 (fl. 121) 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:

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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

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

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

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

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

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

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 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 (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

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

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.”

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 121 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con la AFP Santander (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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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. (...)”

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.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, teniendo en cuenta lo esgrimido en el recurso de apelación, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas,

reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que lo correcto resulta ser declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y no su nulidad, por lo que la sentencia de primer grado se modificará en tal sentido, dando así al traste con el argumento presentado por la parte apelante, ya que no es necesario que la demandante pruebe vicio alguno.

Frente a los argumentos referentes a la afectación al 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 que se afectaría 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, 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.

De otro lado, ha de referirse la Sala a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos también hacen parte del Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En lo que se refiere a la petición de Colpensiones de condicionar el cumplimiento del fallo por parte de esa entidad a que previamente Protección S.A. haga la devolución de los dineros, el numeral segundo de la providencia apelada dio a esta última un término de 45 días para el traslado de los dineros de la cuenta individual de la accionante a Colpensiones, con lo que se entiende que luego de transcurrido dicho término esta entidad debe dar cumplimiento a la sentencia.

Atendiendo el grado jurisdiccional de Consulta se surte a favor de Colpensiones, debe indicarse que, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Finalmente, en cuanto a la absolución de la condena en costas en contra de Colpensiones, a la misma no se accederá, por cuanto, en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con Colpensiones y Protección S.A.

Código Único de Identificación: 11001310500220180076201

Demandante: OLGA LUCÍA CEBALLOS GALINDO

Demandado: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A

Conforme lo antes expuesto, se MODIFICARÁ el numeral primero de la sentencia de primer grado, para declarar la INEFICACIA del traslado de la demandante del RPM al RAIS y no la nulidad como allí se dispuso.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. 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.- MODIFICAR el numeral primero de la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

En su lugar dicho numeral quedará así:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante Olga Lucía Ceballos Galindo identificada con la cédula de ciudadanía No. 41.894.206 al régimen de ahorro individual, realizada el 1 de febrero de 2004 a Protección, conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.”

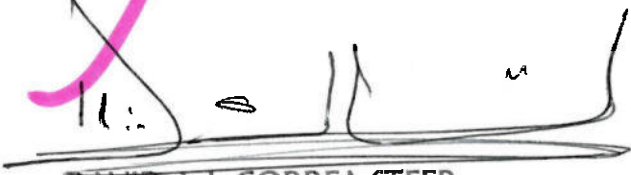
SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 110013105006201800004-01

Demandante: **LUIS ERNESTO GÓMEZ**

Demandado: **ECOPETROL S.A.**

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. ASUNTO

Se decide el **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de mayo de 2019¹ dentro del proceso ordinario laboral que LUIS ERNESTO GÓMEZ promoviese contra ECOPETROL S.A..

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende la reliquidación de la pensión que la entidad convocada reconoció al actor, atendiendo para ello todos los factores salariales correspondientes así como la indexación de su primera mesada pensional.

Estriba ese escrito introductor y de forma principal, en la presunta falta de actualización de la mesada pensional así como la no inclusión de la totalidad de los factores salariales que habilitaban la reliquidación.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

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 empresa convocada reconoció la pensión de jubilación del demandante, atendiendo los ingresos que devengó del 30 de junio de 1999 al 30 de junio de 2000.

¹ Dentro del presente asunto, ha de tenerse en cuenta que, si bien la sentencia data de la fecha enunciada, sólo fueron allegadas las diligencias a éste Tribunal el día 23 de junio de 2020.

Por otra parte, indicó que la pensión se hizo efectiva el precitado 30 de junio de 2000, por lo que no se abre paso la indexación de la primera mesada pensional..

Concluye señalando que, en caso de prosperar las pretensiones, los valores a reconocer se encontrarían afectados por el fenómeno de la prescripción.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria imponiendo costas a la parte demandante.

En síntesis, luego de recapitular demanda y contestación, refirió los problemas jurídicos a resolver, cuales eran el determinar la viabilidad de las pretensiones relativas a la reliquidación de la pensión así como la indexación de la primera mesada.

Para ello, en primer lugar, da por probado con aquella documental obrante a folio 33 que, al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la demandada la cual iniciaría a disfrutar el 30 de junio de 2000, fecha en la cual se dio por terminado el contrato laboral entre las partes.

De igual manera, tuvo por probado atendiendo los folios 88 y 89, la primera mesada pensional del demandante la que ascendió para el año 2000 a \$1.189.253. Y es con este último valor, de cara a la pretensión de indexación de la primera mesada pensional, consiente en su no viabilidad puesto que el reconocimiento de la pensión es concomitante con la terminación del contrato de trabajo. Trae a colación luego, sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Sobre la inclusión sobre la prima de servicios convencional para proceder a la reliquidación, concluyó de cara al artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el 128 de la misma obra, su carácter no salarial. De igual manera, refiere al subsidio familiar como un ingreso de ésta misma naturaleza y con relación al quinquenio, se expuso la falta de acreditación de su pago en el último año, para con ello dar paso a la condena pretendida.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 9 de septiembre de 2020, se admite 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, el cual fue utilizado por apoderados de las partes quienes reiteraron lo expuesto en demanda y contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y procede a resolverse el grado jurisdiccional de consulta, el cual se surte a favor del pensionado vencido en juicio. (Artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007).

III. CONSIDERACIONES PARA DECIDIR

Sentado lo anterior y conforme a lo expuesto en la demanda, la Sala encuentra como **problemas jurídicos** por resolver, los siguientes:

¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional del demandante?

¿Hay lugar a ordenar la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida al actor?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Indexación de la Primera Mesada Pensional

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia del 16 de octubre de 2013, Rad. 47709, reiterada el 15 de febrero de 2017, Rad 48716, luego de efectuar un recuento jurisprudencial acerca de la figura de la indexación, concluyó: (i) que la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es un fenómeno que puede afectar a todos los tipos de pensiones por igual; (ii) que al no existir prohibición expresa alguna por parte del legislador, de indexar la primera mesada causada con anterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, no hay cabida para hacer discriminaciones fundadas en la naturaleza de la prestación o en la fecha de su reconocimiento y (iii) que cualquier diferenciación al respecto, resulta injusta y contraria al principio de igualdad.

Aclarado lo anterior, tenemos que mediante comunicación calendada 30 de junio de 2000 (fl. 33), la convocada a juicio le informa al demandante que a partir de la misma fecha le reconocería una pensión de jubilación para la cual se tendrían en cuenta los salarios devengados en el último año. Luego, según da cuenta el folio 88, ECOPETROL S.A. y en fecha 19 de julio de 2000 informa sobre la liquidación de la mesada pensional del actor, la que ascendió a \$1.189.253.

Luego, en el folio 89, se discriminan los conceptos que se tuvieron en cuenta para la pensión de jubilación y se narran que fueron aquellos devengados del 30 de junio de 1999 al 29 de junio de 2000.

En ese orden de ideas, no se entiende la forma tozuda en que la parte demandante insiste en la procedencia de una indexación, cuando su presupuesto es el transcurso del tiempo entre el momento en que se causa el derecho a la pensión y aquél en que efectivamente debe entrar a disfrutarse, como con gran atino fue expuesto por la jueza A quo.

Por lo anterior, nada puede cuestionarse a ese análisis juicioso que la primera instancia extiende a la pretensión de indexación de primera mesada pensional, cuando además, ello se pretende con sentencias que no resultan aplicables al caso, al contener supuestos fácticos diferentes al hoy tratado.

Con relación a la reliquidación de la pensión de jubilación, atendiendo el propio dicho de la convocada a juicio así como del demandante, esta prestación tuvo por fundamento la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el momento en que se finiquitó el contrato de trabajo. (fls. 175 a 176)

Ahora bien, una revisión a los artículos de la Convención Colectiva de Trabajo 1999-2000, de cara a la solicitud del demandante y relativa a incluir todo ingreso que se haya generado a su favor como salario, tal cual fue precisado por la primera instancia, es claro que ello no puede ser consentido por las razones que pasan a explicarse.

En efecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128 del CST, por lo que para definirse los elementos que integran el salario, es necesario tener en cuenta que este concepto no solo incluye la remuneración ordinaria, sino todo aquello que recibe el trabajador en dinero o en especie como **contraprestación directa** del servicio, sin importar la forma o denominación que se adopte, caso en el que se entiende que no deja de ser salario, aun cuando se convenga de esa manera por las partes (sentencia del 10 de julio de 2006, Rad. 27325, 03 de julio de 2013, Rad. 40509, 09 de julio de 2014, Rad. 43696, 02 de agosto de 2017, Rad. 44416, SL-865-2019, y SL4866-2020, entre otras).

En igual sentido, el artículo 127 del C.S.T. establece que, constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones.

Puestas de este modo las cosas, claro es que: (i) las primas legales por expresa disposición legal no son salario, (ii) la prima de antigüedad se pactó con carácter no salarial, (iii) el subsidio de transporte no tiene la naturaleza salarial atendiendo lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo y (iv) si el demandante consideraba que el quinquenio debía ser incluido, por lo menos debió acreditar que, contrario a lo probado en por la convocada, sí había ingresado a su patrimonio, hecho que aparece huérfano de prueba en el plenario.

Código Único de Identificación: 110013105006201800004-01

Demandante: LUIS ERNESTO GÓMEZ

Demandado: ECOPETROL S.A.

Siendo así las cosas, nada puede cuestionarse a esa juiciosa providencia que se adopta en la primera instancia, quien analizó a plenitud lo pretendido por el demandante y, en consecuencia, se CONFIRMARÁ su sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. DECISIÓN

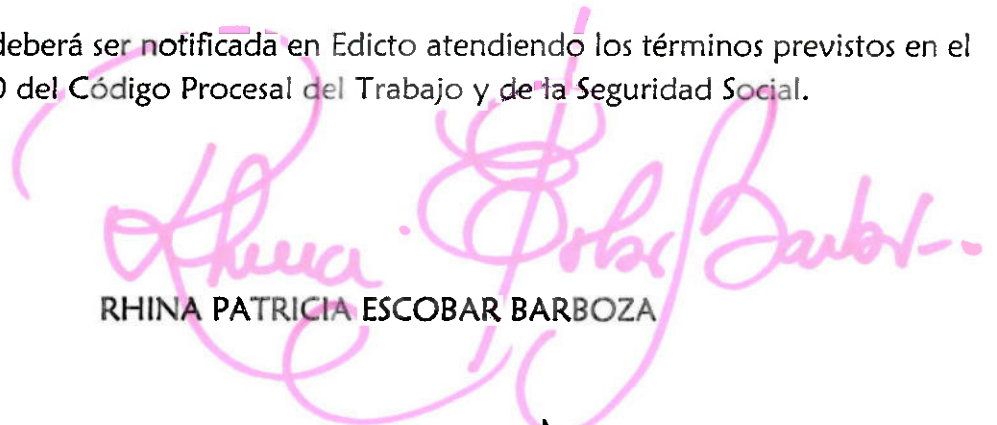
En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

RESUELVE

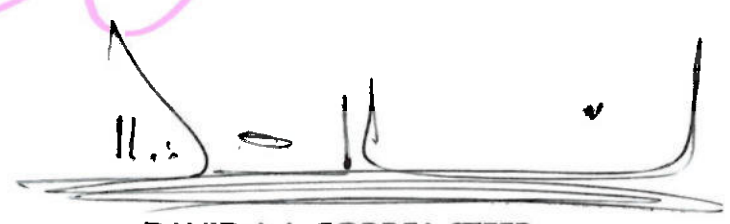
PRIMERO. -- CONFIRMAR la sentencia consultada.

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.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por las apoderadas de ambas partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que YENNY PAOLA TORRES GAMBA promoviese contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento de una indemnización por despido en estado de **debilidad** manifiesta Igualmente, solicita su reintegro junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, subsidio familiar, vacaciones, aportes a seguridad social integral, aportes parafiscales, dejados de percibir; indemnización moratoria; sanción por no consignación de las cesantías; indemnización por no pago de intereses a las cesantías; e indexación.

Subsidiariamente se requiere indemnización por despido sin justa causa.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en el despido que acaeció sobre la demandante, pese a que desde el 06 de noviembre de 2011 presenta enfermedades profesionales y el 12 de septiembre de 2014 sufrió un accidente de tránsito que le dejó secuelas en pie, rodillas y pierna izquierda. Asimismo, en la terminación unilateral de su contrato de trabajo teniendo como fundamento un correo que fue enviado por su expareja, con el que presuntamente se vulneró su obligación de confidencialidad, seguridad y manejo del personal.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, principalmente, expuso que el despido no fue consecuencia del estado de salud de la actora.

Señaló que, para que haya lugar a la proteger a la accionante es necesario que presente por lo menos una pérdida de capacidad del 15%.

Finalmente indicó que, la demandante incumplió gravemente con las obligaciones a su cargo, pues el reglamento interno, el contrato de trabajo, y las políticas internas establecen que lineamientos que se deben cumplir permanentemente sobre el trato legal de datos personales y confidenciales que se encuentran en el giro ordinario de la actividad de la empresa, no obstante, la accionante recibió información de este tipo sin ponerla en conocimiento de su superior.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR la existencia de una relación laboral entre la demandante y la demandada por los periodos y modalidades que se indican a continuación: mediante un contrato a término fijo por el periodo comprendido entre el 15 de mayo de 2008 al 14 de noviembre de 2008 en el cargo de auxiliar técnico PAI y mediante la modalidad de un contrato a término indefinido entre el 25 de febrero de 2008 y el 19 de marzo de 2015, como auxiliar técnico PAI

SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada al pago a favor de la demandante por concepto de indemnización por despido sin justa causa de la suma de \$5'554.951

TERCERO- ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en la presente acción, específicamente en cuanto a la protección que se solicitaba del denominado fuero de estabilidad por salud, en cuanto al reintegro y demás pretensiones invocadas por esta causa y en estos términos frente a esta pretensión principal declarar demostradas las excepciones de COBRO DE LO NO DEBIDO, INEXISTENCIA DE LA PROTECCIÓN POR FUERO DE ESTABILIDAD POR SALUD propuesta por la parte demandada

En síntesis, refirió que, no existió controversia en cuanto a la existencia de los contratos de trabajo celebrados entre las partes.

Adujo que, del acervo probatorio es posible extraer que, el empleador tenía conocimiento de la situación de salud de la accionante, empero su despido no acaeció por tal motivo, ya que, se mantuvo el vínculo por más de cuatro años, sino porque hubo un presunto incumplimiento grave en el ejercicio de sus obligaciones.

Explicó que, si bien no se requiere el 15% como pérdida de capacidad laboral, nada tuvo que ver las patologías que podía padecer la demandante como el móvil que llevaron a su despido.

Frente al despido sin justa causa, expuso que, no es sanción disciplinaria conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia, pues con ella no se busca corregir la conducta del trabajador sino finiquitar el vínculo; que la actora demostró el hecho del despido con la carta de finalización de la relación laboral; que la demandada no logró demostrar la justa causa, ya que, si bien se tiene certeza que la accionante recibió un correo electrónico con información sometida a reserva, lo cierto es que este fue remitido por su esposo, lo que no genera *per se* una sanción; y que aunado a lo anterior, no era posible poner en conocimiento del empleador la situación, por cuanto la accionante estaba amparada constitucionalmente por cuanto el mensaje era de su esposo, y fue él quien incurrió en las irregularidades con la duplicación de autorizaciones, sin que no está acreditado que la demandante uso indebidamente esa información.

Finalmente agregó que, no operó prescripción por cuanto el contrato terminó en 2015 y la demanda se presentó en 2017.

4. Argumentos del Recurrente

Parte actora

Expuso que, es dable acoger las pretensiones del reintegro, dado que la accionante al iniciar su relación laboral contaba con un buen estado de salud, no siendo razonable que se desconozca su derecho luego de presentar enfermedades de tipo laboral, así como por haber estado en múltiples terapias y controles.

Adicionó que, Compensar no tuvo en cuenta las condiciones de salud para llevar a cabo el despido.

Parte demandada

Expresó que, se demostró la ocurrencia de una justa causa, en la medida que, la actora incumplió de manera grave con sus obligaciones, ya que, dentro del reglamento interno y las políticas de la entidad, se establece que es obligación de los trabajadores de Compensar el trato legal de la información personal y confidencial que se encuentra a su cargo por el giro de los negocios.

Señaló que, la demandante por sus funciones y cargo no tenía acceso a las historias clínicas y tratamientos que requerían los pacientes, por lo que no debía recibir este tipo de datos en su correo personal, lo que debía poner de presente al empleador, pues tener en su correo este tipo de información sensible podría causarle un perjuicio a la caja, guardando silencio, con lo que incumplió el reglamento, el contrato de trabajo, y el Código Sustantivo de Trabajo.

Finalmente dijo que, la demandante no era la primera vez que recibía este tipo de información, pues en el correo se dijo “este es el último, ahora sí mi amor”; que en el dictamen se estableció que la actora reenvió el archivo, utilizándose de forma indebida; y que no estamos frente a un proceso penal para considerar que la demandante estuviera absuelta de poner de presente el actuar de su esposo.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 12 de marzo de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de ambas partes.

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 **problemas jurídicos** por resolver los siguientes:

¿Se encontraba amparada la actora por estabilidad laboral reforzada con ocasión a su estado de salud al momento de su despido?, y ¿deviene en injusta la terminación del contrato de trabajo de la actora?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Estabilidad Laboral Reforzada. Ley 361 de 1997

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, históricamente ha expuesto que, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 contiene un régimen especial, dado que su protección va más allá de las garantías que el régimen de Seguridad Social cubre, pues su propósito es proteger los derechos fundamentales de las personas en situación de discapacidad física, sensorial y psíquica, y que se deben reunir tres requisitos para la aplicación de tal norma: a) que el trabajador se encuentre con una limitación moderada, severa o profunda; b) que el empleador conozca de ese estado

de salud; y, c) que termine la relación laboral *«por razones de su limitación física»*, y sin previa autorización del Ministerio de la Protección Social (SL15038-2016).

Posteriormente, dicha corporación a partir de la sentencia SL1360-2018, abandonó la doctrina expuesta, para señalar que *«el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada»*, por lo que, en ese entendido, al trabajador le basta demostrar su estado de discapacidad para beneficiarse de la presunción de discriminación, lo que por contera implica que el empresario tendrá el deber de acreditar en el juicio la ocurrencia de la justa causa, pues de no hacerlo, el despido se reputará ineficaz.

De igual manera, a partir del 10 de junio de 2011, se avino una nueva realidad normativa con la entrada en vigor de la Convención Sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas en diciembre de 2006, aceptada en Colombia por la Ley 1346 de 2009 (complementada posteriormente con la Ley 1618 de 2013, la sentencia C-458-2015 y la Ley 1996 de 2019); instrumento internacional que abrió paso a una concepción de la discapacidad distinta a la tradicional perspectiva médica, en la que era asimilada a una enfermedad o imperfección de la persona que era necesario corregir.

Así, se implementó el denominado “modelo social”, conforme al cual, la discapacidad no se encuentra en el individuo sino por fuera de él, concretamente, en la sociedad, de ahí que la deficiencia o limitación física, intelectual, mental o sensorial de una persona, no es lo que la pone en situación de discapacidad, sino, exactamente, la imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad, a causa de las limitaciones o deficiencias del entorno social.

De esta manera, señala la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral que, con la entrada en vigor de la Convención sobre Derechos de Personas en Situación de Discapacidad, quedó sin sustento la doctrina erigida sobre el concepto de persona *limitada* que originalmente traía el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, y de contera, la construcción jurisprudencial que al respecto se hizo sobre los grados de limitación contenidos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001, ya derogado.

Por lo anterior, a la hora de establecerse si un trabajador es beneficiario de la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, nada tiene que ver el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que llegue a tener, porque la Convención, ni la Ley 1618 de 2013, comprenden al ser humano de esa manera.

Por tanto, si un trabajador padece una deficiencia mental o física que le impide sustancialmente el desempeño de sus funciones, en igualdad de condiciones con los demás, se encuentra en situación de discapacidad, independientemente de que tenga o no un dictamen de pérdida de capacidad laboral en firme, o del porcentaje con el

que haya sido calificado. Al respecto, también se pueden consultar las sentencias SL2841-2020, SL3488-2020, SL3911-2020, SL2586-2020, SL4113-2020, entre otras.

El anterior entendimiento, es acorde con la sentencia SU-049 de 2017 de la H. Corte Constitucional, quien ha expuesto que es dable amparar el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares

Así, se procede a verificar si el actor es sujeto de estabilidad laboral reforzada en virtud de algún fuero de salud, para lo que previamente se aclara que, se tendrá en cuenta la historia clínica como prueba calificada, máxime cuando se tiene certeza de su procedencia (sentencia SL1292-2018, SL4078-2019); y que el dictamen de una entidad de seguridad social no es prueba solemne para establecer la situación de salud del demandante (sentencia del 18 de marzo de 2009, rad. 31062, SL14031-2016, SL6504-2017, SL13452-2017 y SL5523-2018), por demás que, en la citada sentencia SL2586-2020, se determinó que de permitirse la anterior solemnidad su exigencia dejaría en estado de indefensión a las personas con discapacidad *“que se encuentran tramitando la calificación o en proceso de rehabilitación, frente a la decisión unilateral del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo, antes de que concluya el trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral”*.

Así las cosas, y como quiera que, la actora fue despedida con efectos a partir del 20 de marzo de 2015, según se infiere de la carta de terminación de folios 71 a 73, el asunto debe ser estudiado conforme a la nueva realidad aludida, por lo que, la Sala se remite a la documental allegada a folios 27 a 67, de las que se logra concluir que la accionante el 06 de enero de 2011 fue diagnosticada de Tendinitis de Flexo Extensores de Antebrazos y Manos y de Bursitis de Hombro Derecho (fl. 27), que se dictaminó que su enfermedad era de origen profesional (fls. 28 a 31), que se remitieron recomendaciones a la demandada por parte de ARL Liberty Seguros de Vida S.A (fls. 32 y 33), que el 12 de septiembre de 2014 la actora tuvo un accidente de tránsito (fls. 34 y 35), y que lo anterior le generó incapacidades por cuanto presentaba fractura en dedo, y lesiones en su pierna, rodilla y pie izquierdo (fls. 36 a 67).

Conforme lo expuesto, es claro que la actora ha sido tratado por las siguientes patologías: Tendinitis de Flexo Extensores de Antebrazos y Manos y de Bursitis de Hombro Derecho, así como por lesiones en su rodilla, pierna y pie, y fractura de dedo; enfermedades que conocía su empleador, lo que se deduce de las recomendaciones de la ARL, así como del interrogatorio rendido por la representante legal de la accionada, quien aceptó conocer de ellas.

No obstante, con las pruebas estudiadas, no es posible establecer que el cuadro clínico de la accionante la ponga en imposibilidad de participar efectivamente en la sociedad a causa de sus limitaciones o deficiencias, o que se evidencie que su situación le impida o le dificulte sustancialmente el desempeño de labores similares en condiciones regulares, pues no permiten extraer cual podría su porcentaje de pérdida de capacidad laboral (además no se cuenta con un dictamen sobre la materia), y para establecer su gravedad, las probanzas allegadas no resultan de tal notoriedad que permitan entrever que la accionante estará sujeta a discriminación por ello, más aún cuando según su interrogatorio de parte en la actualidad se encuentra laborando en la Nueva EPS.

Por lo anterior, se considera que las patologías que padece la accionante no son de aquellas que permitan establecer que debiera ser reintegrada en consideración a su salud, por lo que en tal sentido, le asiste razón al *A quo*.

Despido sin justa causa

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias del 01 de noviembre de 2011, 24 de julio de 2013, Rads. 36572, y 34260, ha establecido que le corresponde al trabajador probar el hecho del despido y al empleador acreditar la justa causa de este.

En el caso objeto de estudio, se encuentra que el hecho del despido se encuentra acreditado con la carta de terminación de folios 71 a 73, mediante la que se dispuso que, con la actora cometió una falta grave a sus obligaciones como trabajador al recibir archivos en su correo de información netamente institucional, desconociendo las normas que en materia de confidencialidad de las historias clínicas y de datos personales deben garantizar los trabajadores de COMPENSAR, así como su esposo que al remitirlas se encontraba asignado como trabajador en misión del Consorcio; que la información que se halló en el correo electrónico de la accionante corresponde a archivos de pacientes de la EPS con información sumamente sensible en atención a que se encuentran relacionados pacientes con VIH, autorizaciones de medicamentos de alto costo que han sido autorizadas por el Consorcio como EPS; que las historias clínicas son objeto de reserva legal; y que todo lo anterior, sin autorización de superiores o sin poner en conocimiento que tenía en su poder tal información.

Al punto, es necesario precisar tal como lo hizo el *A quo* que en relación con el debido proceso para llevar a cabo un despido, la máxima corporación de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral, en sentencias como la SL15245-2014 y SL2351-2020, ha explicado que, tal derecho según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, por ello, su vulneración sólo se puede predicar, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir.

Sin embargo, lo anterior no quiere decir que al momento de llevarse a cabo un despido el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, como quiera que, el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según la sentencia SL2351-2020.

Aclarado lo anterior, encontramos que, en el contrato de trabajo, con sus correspondientes cláusula adicional y otro si, de folios 18 a 24 no se plasmó un procedimiento disciplinario para llevar a cabo la terminación de la vinculación de la accionante. En lo que respecta al Reglamento Interno de Trabajo de folios 177 a 182, tampoco se establece procedimiento alguno; razones que son suficientes para considerar que la terminación del contrato de trabajo de la accionante no estaba supeditado a un procedimiento especial previsto por las partes, por lo que en tal sentido le asiste razón al *A quo*.

Ahora bien, y para determinar si la accionante incumplió de forma grave con sus obligaciones y/o deberes, en un primer plano, debe tenerse en cuenta que la demandante en su interrogatorio de parte en ningún momento negó que recibió un correo electrónico de parte de su exesposo, Haiver Fernán López Vargas, lo que también expuso en la diligencia de descargos visible a folios 68 y 69, empero, aduciendo en ambos casos, que lo que le mandó fue la actualización que había de las exclusiones de medicamentos NO POS a POS para poder validar una requerimiento de un usuario, sin consultar información adicional y sin utilizarla a su favor.

Por otra parte, a folios 202 a 234 se allegó el informe de auditoría del 29 de agosto de 2014, en la que se informó de un hallazgo consistente en que Haiver Fernán López Vargas desde su correo corporativo remitió un correo electrónico a la accionante, que contenía información sensible y confidencial de usuarios de la EPS, pues habían pacientes con diagnóstico de VIH, lo que contravenía la confidencialidad que debe observarse con las historias clínicas conforme a la Ley 23 de 1981. Igualmente, se identificó un posible perjuicio económico por valor de \$13'461.886 que se atribuye a la posible apropiación indebida de recursos pertenecientes a la EPS mediante la sustracción de medicamentos llevada a cabo posiblemente por el exesposo de la accionante.

Así mismo, comparecieron a rendir testimonio Faisuly Rodríguez Pérez, Martha Cecilia Rojas Ramírez, Claudia Marcela Rodríguez Bermúdez, y Francy Helena Rodríguez Ramos, de quienes se puede extraer que en la citada auditoria se encontró el hallazgo del correo electrónico; que la actora no tenía la función de manejar ese tipo de información que allí estaba adjunta; que el no comunicar la actora que esa información reposaba en su e-mail podía comprometer a la entidad en su ámbito económico y en su reputación, al tratarse de documentos que gozan de reserva legal; que no acatar las directrices sobre el manejo de datos personales de usuarios genera una falta grave; que la actora se encontraba incapacitada cuando se presentó el informe de auditoría; y que no tienen conocimiento si el correo electrónico de la accionante fue abierto.

En igual sentido, se rindió dictamen del Ingeniero de Sistemas, Salvador Gómez Velasco, profesional que informó que el correo electrónico denominado “ESTAS SI SON TE AMO ULTIMA” fue recibido el 14 de diciembre a las 12:00:15 pm, que habían dos archivos adjuntos (“pacientes infectoclinicos aut 3 meses; y “paciente aut 1 meses infectoclinicos); que el 15 de diciembre fueron reenviados al exesposo de la accionante con un archivo de nombre “copia de copia de FORMATO”; que la usuaria no efectuó modificaciones en los archivos; y que es posible que hubieran sido descargados (fls. 246 a 284).

Del estudio de los anteriores medios de prueba, es claro que la demandante recibió el correo electrónico con dos archivos, de los cuales ninguno hace referencia a paso de medicamentos POS a NO POS, por el contrario por la denominación de cada uno de estos es claro que era una información de autorizaciones para uno o tres meses de pacientes infecto clínicos, información que a juicio de esta Sala sí era necesario que se manejara con sumo cuidado, pues en él había información privilegiada o que es objeto de reserva legal, como lo es que existieran los nombres de personas con diagnóstico de VIH, como se informó en auditoría, escenario que ciertamente exponía a la caja de compensación familiar a sanciones administrativas y penales como fue informado por los testigos, evento que podría generarle un detrimento en su patrimonio.

En igual sentido, nótese que la actora en interrogatorio de parte manifestó que tenía una paciente que había sido enviada dos veces a Comité Técnico Científico, y quien estaba bastante molesta, motivo por el que pidió la información al señor Haiver Fernán López Vargas, para atender su requerimiento, por tanto, y si bien no se encuentra que la información requerida en realidad se refiriera a medicamentos que dejaron de ser NO POS, lo cierto es, que recibió esa documentación bajo su consentimiento, proceder que es el precisamente se censura, ya que, abrió el correo, posiblemente la descargo, y dispuso de una información que era objeto de reserva y confidencialidad, situación que se agrava si además se tiene en cuenta que la reenvió junto con otro archivo, último escenario que expuso aún más a la entidad a una eventual sanción.

Al respecto, los numerales 2 y 5 del artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo, así como el del numeral 3 y el párrafo del artículo 47, que establecen como deberes especiales del trabajador (fls. 177 a 182):

“2. No comunicar con terceros, salvo autorización expresa, las informaciones que sean de naturaleza reservada y cuya divulgación pueda ocasionar perjuicios a la Caja, lo que no obsta para denunciar delitos comunes o violaciones del contrato de trabajo o de las normas legales de trabajo ante las autoridades competentes”

“5. Comunicar oportunamente a la Caja las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios”

“3. Guardar completa reserva sobre las operaciones, negocios y procedimientos comerciales, o cualquier clase de datos acerca de la Caja que conozca por razón de sus funciones o de sus relaciones con ella y cumplir de manera estricta con los acuerdos que pueda llegar a celebrar sobre esta materia con la Caja. La información que reciba el trabajador, ya sea escrita, verbal, por medios visuales, audiovisuales o electrónicos o por cualquier otros medio, o a la cual tenga acceso el trabajador en razón, o con ocasión, de las labores que desempeña para el empleador, es propiedad única del empleador y tiene carácter confidencial”

“PARÁGRAFO: La violación de cualquiera de estas obligaciones se califica como falta grave”

Por tanto, es claro que la demandante no acató las obligaciones mencionados al recibir un correo con información con carácter confidencial, con su pleno consentimiento y autorización, abrirla, posiblemente descargarla, y reenviarla.

Finalmente, en cuanto al argumento del sentenciador de primera instancia, en cuanto a que, no era posible poner en conocimiento del empleador la situación estudiada, por cuanto la accionante estaba amparada constitucionalmente de no denunciar el envío del mensaje, por cuanto provenía de su exesposo, considera necesario aclarar la Sala que, lo censurable de la conducta de la accionante no fue precisamente que no se informara al empleador que tenía documentación que era objeto de reserva legal y que había sido remitida por el señor Haiver Fernán López Vargas a través de correo electrónico, sino el actuar de la misma accionante, esto es, como quedo visto, que esta información fue requerida por ella misma, la que recibió, abrió, presuntamente descargó, y reenvió junto con otro archivo, cuando era propiedad única del empleador y tenía carácter confidencial.

Las anteriores razones son suficientes para REVOCAR el numeral segundo de la sentencia, para en su lugar DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO respecto de la indemnización por despido sin justa causa, y en consecuencia ABSOLVER a la demandada de tal sanción. En lo demás, la sentencia se confirmará.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

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

V. 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. – **REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia. En su lugar, se **DECLARA PROBADA LA EXCEPCIÓN DE COBRO DE LO NO DEBIDO** respecto de la indemnización por despido sin justa causa, y en consecuencia se **ABSUELVE** a la Caja de Compensación Familiar Compensar del reconocimiento y pago de tal sanción.

SEGUNDO. – **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia.

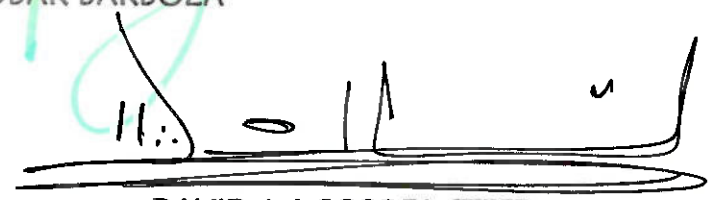
TERCERO. – Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$459.000= a cargo de la parte actora.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11001310501720180069001

Demandante: LUZ DARY MARTÍNEZ GARZÓN

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la Dra. María Juliana Mejía Giraldo, identificada con C.C. No. 1.144.041.976 y T.P. No. 258.258 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con C.C. No. 31.486.436 y T.P. No. 303.924 del C.S. de la J., como apoderada sustituta de Colpensiones, en los términos y para los fines indicados en la sustitución de poder allegada.

II. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por los (as) apoderados (as) de las demandadas, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUZ DARY MARTÍNEZ GARZÓN promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

III. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen que realizó la actora el 1° de abril de 1999 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Porvenir y como consecuencia de ello, se ordene a la mentada entidad a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales.

Así mismo, deprecia se ordene a Colpensiones a realizar todas las gestiones pertinentes encaminadas a anular el mentado traslado y a recibirla en esa administradora.

Se edifica 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 demandante.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

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.

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.

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.

Finaliza mencionando 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.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito, entre otras, la de prescripción.

Aduce que, la demandante, en uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliada, así mismo, menciona que la actora, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba con la edad ni con los 15 años de cotización, por lo que no es beneficiaria del régimen de transición referido en el artículo 36 de la prementada norma, razón por la cual, no es de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Menciona que, para la fecha en la cual solicitó ante Colpensiones su retorno, esto es 29 de octubre de 2018, contaba con 51 años, es decir, para dicha data se encontraba inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Indica que la demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, como es el derecho de retracto y que al momento de la afiliación se **encontraba** frente a una mera expectativa.

Refiere que, en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación, sin que se esté frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil.

Concluye indicado que, en caso de que se encontrara probada la nulidad deprecada, la misma no se alegó dentro del término establecido para ello conforme el artículo 1750 ídem, además, que la misma fue saneada en los términos del artículo 1752 de la misma codificación.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

***“PRIMERO:** Declarar NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.*

***SEGUNDO:** Declarar que la vinculación de la señora Luz Dary Martínez Garzón identificada con la cedula de ciudadanía numero 51869406 al*

Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado hoy por PORVENIR S.A. fue ineficaz y, por consiguiente, no produce efectos jurídicos.

TERCERO: *Declarar que la señora Luz Dary Martínez Garzón se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según lo expuesto en precedencia.*

CUARTO: *Ordenar a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con motivo de la vinculación de la señora Luz Dary Martínez Garzón como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si ello hubiera lugar con todos los frutos e intereses tal y como se indicó en precedencia, sin autorizar a Porvenir para efectuar descuento alguno de la cuenta de ahorro individual de la demandante.*

QUINTO: *Ordenar a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos a favor de la demandante que efectuó en PORVENIR S.A y convalidarlos en su historia laboral, para los efectos de las sumas de semanas al que haya lugar. (...)"*

En síntesis, recordó que la H. Corte Constitucional en sus sentencias de unificación precisó que sólo las personas que fuesen beneficiarias del régimen de transición por tiempo de servicios cotizados, esto es, aquellos afiliados que contaran con 15 años de servicios para esa fecha, podrían trasladarse en cualquier tiempo al Régimen de Prima Media y recuperar el régimen de transición aunque les faltara menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder a su derecho pensional, sin embargo, en el presente asunto, la demandante no encaja en lo anterior para poder permitir su regreso automático al RPM.

Refiere que, pese a lo anterior, lo solicitado por la demandante es la nulidad del traslado, al considerar que esa decisión no estuvo asistida de un deber de información amplio, oportuno, veraz y concreto sobre las características y condiciones de dicho traslado.

Menciona que, al revisarse las pruebas allegadas al plenario, se constata una omisión en el deber de información al no haberse ilustrado de manera suficiente a la demandante las condiciones y características de del régimen pensional al que se estaba trasladando, máxime cuando la carga probatoria de demostrar que cumplió de forma completa y eficiente esa labor de informar, la tiene Porvenir S.A., observándose que esa carga o etapa contractual no aparece cumplida como lo exige la jurisprudencia.

Indica que, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Decreto 663 de 1993, consagró el deber de información para garantizar la transparencia en las operaciones que realicen dichas entidades, que el deber de información al que hace referencia la H. Corte Suprema de Justicia debe brindarse con el ánimo de

establecer la verdadera vocación, ánimo o voluntad del afiliado de cambiarse de régimen pensional, pues ese es el propósito de que se brinde la información.

Expone que, lo que debe alegarse en este caso no es la nulidad del traslado, pues la consecuencia que se deriva de la omisión al deber de información es la ineficacia, criterio expuesto por la mencionada Corporación.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas indica que este fenómeno no se configura, pues mientras el derecho pensional esté en etapa de conformarse es imprescriptible.

4. Argumentos de los recurrentes

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.**, adujo que interpone recurso de apelación parcial en lo que tiene que ver con el traslado a Colpensiones de los gastos de administración y las condenas dadas a las aseguradoras.

Menciona que, ha de tenerse en cuenta que los fondos de pensión realizan dichos descuentos mes a mes en virtud de la normatividad vigente, con fundamento en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, el que indica que estos gastos de administración se generan tanto en el RPM como en el RAIS y en el presente caso no se evidencia ningún detrimento patrimonial en la cuanta de la demandante, por el contrario se observa un incremento considerable por concepto de los rendimientos financieros, fruto de la excelente gestión del fondo privado.

Refiere que, los dineros ya pagados en las aseguradoras son fondos que se encuentran en manos de terceros y son sumas pagadas con el objetivo de cumplir las contingencias derivadas de la invalidez y muerte, conceptos que cubren una contingencia diferente a la pensión de vejez y en el caso hipotético de que estos hubieran acontecido, los mismos habrían nacido a la vida jurídica, pues la demandante estuvo y ha estado amparada por estos durante todo el tiempo que ha estado afiliada al RAIS, razón por la cual no existe lugar a la devolución a Colpensiones de dichos rubros, pues de hacerlo se estaría generando un detrimento patrimonial a costa de esa entidad y un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones.

Por su parte **Colpensiones** expresa que no se encuentra de acuerdo con la afirmación que hace el Juez de primer grado respecto a que la carga probatoria recaía exclusivamente en cabeza de Porvenir, pues, existe reiterada jurisprudencia que afirma la necesidad de que cada caso debe ser analizado bajo las características propias del mismo y en tal sentido, conforme el artículo 29 de la Constitución en el que se consagra el debido proceso, quien alega un derecho es quien debe probarlo y en tal sentido, correspondía a la parte actora probar, y , si bien existe

una figura incorporada en el CGP denominada carga trasladada, requiere que se acrediten unos supuestos en el proceso, lo cual no acaeció.

Menciona que debe tenerse en cuenta que la demandante también tenía la obligación de informarse de las implicaciones que tenía la decisión que estaba tomando, recordando el Decreto 2241 de 2010, donde se resalta aquellas obligaciones que tiene el afiliado de conocer los requisitos y características del régimen de pensiones, lo cual no acredita la parte actora en el presente asunto.

Expone que, para el año 1999 no se exigía documentar la información que se les brindaba a los posibles afiliados, por lo que la codemandada no cuenta en su poder con objeto de la prueba que permita verificar la información que se le suministró a sus afiliados para dicha data y por ello el presupuesto del traslado de la carga de la prueba no se acredita en el presente asunto.

Indica que, la demandante no se encuentra inmersa dentro de las personas excluidas del RAIS que trata el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 y Porvenir afilió a la demandante en virtud de la obligación legal que le impone el artículo 112 de dicha norma, respecto de aceptar a todos los afiliados o personas que soliciten pertenecer al RAIS y que no tengan ninguna imposibilidad, la cual no acredita la actora en este asunto.

Bajo los anteriores supuestos, la accionante no acredita las afirmaciones que hace en su demanda, las cuales también se manifestaron en su interrogatorio de parte, pues no se evidencia situación desventajosa para la actora al haber elegido el RAIS ya que el RPM le otorgaba la misma expectativa al faltarle más de 20 años para acceder al derecho pensional.

Finaliza diciendo que, Porvenir accedió a la afiliación teniendo en cuenta la obligación que se le ha impuesto desde su creación, conforme al citado artículo 112.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2020, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de enero del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en contestación, así como en el recurso interpuesto.

Finalmente, por auto del 1º de febrero del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 08 del mismo mes y año.

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 los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, al ser imposible sostener una interpretación diferente.

V. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

INEFICACIA DEL TRASLADO

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 16 de febrero de 1999 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Colpatria (hoy Porvenir S.A.) (fl. 74) 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.

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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.

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 (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.

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

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."

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.

Así las cosas, 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.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, se itera, a folio 74 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 16 de febrero de 1999 con la AFP Colpatria hoy 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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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, desde la misma creación de la Ley 100 de 1993 se impuso a las administradoras de pensiones el deber o la obligación de información para con sus posibles afiliados, y si bien es cierto, en ninguna norma se advierte acerca de la obligatoriedad de plasmar dicha situación por escrito o en algún tipo de documento, este no es el único medio probatorio que puede utilizarse para probar ello.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir en la libertad de

usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su

configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello que acertada resulta decisión proferida en primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado y no su nulidad.

En cuanto al argumento presentado por el apelante en el que menciona que era obligación de la demandante informarse acerca de las implicaciones que tenía su decisión de traslado de régimen, es de indicar que, si bien la afiliada tiene tanto derechos como deberes, esto no suple la obligación de las administradoras de fondos de pensiones de haberle brindado a la afiliada la información en los términos de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, pues lo que se echa de menos en el traslado de la actora es la información que debió habersele brindado al momento del traslado de régimen, como tampoco es excusa para no brindar la información referida el hecho que el fondo privado afilió a la accionante en cumplimiento a los artículos 61 y 112 de la Ley 100 de 1993.

Frente a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Finalmente, atendiendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.*

Conforme lo antes expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado.

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VII. 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,

R E S U E L V E

PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

Código Único de Identificación: 11001310501720180069001

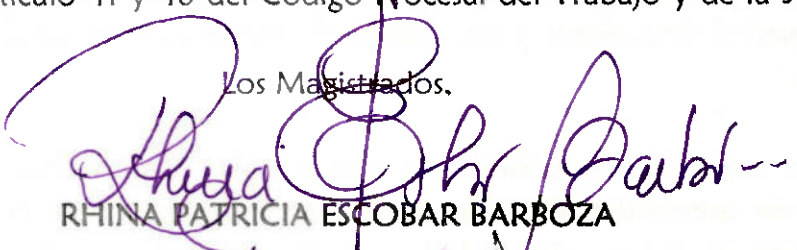
Demandante: LUZ DARY MARTÍNEZ GARZÓN

Demandado: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00146 -01
Demandante: **INVERSIONES R.A RIVERA SIERRA & CIA S EN C**
Demandado: **RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **INVERSIONES R.A RIVERA SIERRA & CIA S EN C** promoviese contra **RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne, con la demanda se pretende la declaratoria de nulidad absoluta o relativa del contrato de prestación de servicios celebrado con el demandado. Como consecuencia de lo anterior, que éste último haga devolución de lo pagado a su favor.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la demanda instaurada por Falcon Farms de Colombia S.A en contra de la empresa demandante, en donde asumió la representación de esta última, el demandando. Igualmente, en la falta de lucidez mental del señor Raúl Ambrosio Rivera Sierra, quien no se percató que se estableció un porcentaje del 5% por concepto de prima de éxito en el contrato de prestación de servicio, cuando era del 3%.

2. Actuación Procesal.

Notificado el convocado, contestó en los siguientes términos.

El demandado se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, principalmente, expuso que tanto la negociación como la suscripción del contrato de prestación de servicios, se hizo con la anuencia y la presencia tanto del socio gestor como del socio comanditario, por demás que el primero, celebró todo tipo de negocios con la anuencia de sus hijos.

Agregó que el socio gestor, Raúl Ambrosio Rivera Sierra, en forma posterior le otorgó poder para asistirlo ante la Procuraduría General de la Nación y el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, sin que obre un dictamen que señale que padecía de algún tipo de discapacidad mental.

Finalmente manifestó que, la falta de lucidez del socio gestor se alega un año después de suscrito el contrato de prestación de servicios, y luego de que ya se había fallado favorablemente el proceso, es decir, cuando ya se había cumplido con la labor encomendada.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, del acervo probatorio recolectado, no se logra desprender que el señor Raúl Ambrosio Rivera Sierra tuviera algún tipo de discapacidad mental, pues de la historia clínica se evidencia que fue a partir del 30 de septiembre de 2016 que empezó a presentar desorientación leve en espacio de tiempo, siendo declarado Alzheimer sólo hasta el 15 de abril de 2018, esto es, con posterioridad a la firma del contrato de prestación de servicios, por lo que se presume que sus actividades antes de tales fechas fueron ciertas según artículo 1503 del C.C.

Finalmente adujo que, del interrogatorio de parte del representante legal de la actora se logra desprender que fue Raúl Ambrosio Rivera Sierra, quien consideró que estaba en condición de tomar decisiones a nombre de la empresa, por demás que, en diligencia de 17 de noviembre de 2015 ante Tribunal de Arbitramento rindió interrogatorio de parte; y que el testimonio de Mauricio Rivera Calderón se puede entender parcializado al ser socio de la empresa accionante.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, el contrato de prestación de servicios se encuentra en discusión, no fue aceptado por la parte actora, motivo por el cual se puso en duda su validez, eficacia y existencia, solicitándose por ello su nulidad absoluta y relativa.

Adujo que, el Despacho estudió la capacidad del contratante, empero se desentendió de la causal referida al consentimiento necesario exento de vicio, que fue precisamente en lo que se centró la demanda, pues hubo una fractura en la confianza y/o buena fe, en la medida que hubo un acuerdo anterior entre las partes que se debía respetar. Se afirma entonces que, había una confianza de los socios hacía el demandando, ya que vivió por un lapso de aproximadamente cinco años en el hogar de Raúl Ambrosio Rivera Sierra, y hasta le dieron techo, y ayuda para su subsistencia, en virtud del principio de la solidaridad.

Señaló que, lo anterior se tuvo por cierto, empero en interrogatorio de parte manifestó que la confianza no era absoluta, lo que no es consecuente con la verdad, *“se están ocultando cosas, y se está induciendo en error.”*

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00146 -01
Demandante: INVERSIONES R.A RIVERA SIERRA & CIA S EN C
Demandado: RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ

Dijo que, desde el inicio de la demanda, ésta se sustentó en el dolo, esto es, la intención de producir en daño en el otro, violar el principio de buena fe, como aconteció, ya que, con la declaración de parte y el testimonio, se demostró que el accionando gozaba de la plena confianza del señor Rivera, que éste no leía y *"firmaba todo lo que le pasaban"*, y que lo que suscribía era revisado y aprobado por socios e hijos, pero el contrato de prestación de servicios no fue suscrito por ellos, tomándose ventaja de la confianza depositada en el demandando y de su edad.

Finalmente agregó, que no era posible dar credibilidad a la declaración del demandante al incurrir en contradicciones, tales como que, dijo que no vivió en casa del señor Raúl Sierra Rivera, empero en su contestación manifestó lo contrario.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 29 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de ambas partes.

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:

¿Deviene en nulo el contrato de prestación de servicios celebrado entre las partes?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Nulidad del contrato de prestación de servicios profesionales

Los contratos civiles siguen la noción de la autonomía de la voluntad de las partes en la ejecución de sus contratos con base en la igualdad existente entre quienes lo celebran, de manera que, en virtud de dicho principio, los contratos legalmente celebrados tienen el carácter de ley para las partes conforme al artículo 1602 del C.C.

tal y como lo ha dicho la H. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil- en sentencia del 10 de abril de 2013, Exp. 2006 00782, reiterando la del 17 de mayo de 1995, Exp.4512.

Del mismo modo, conforme a la normatividad civil son causas de nulidad absoluta, la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742, C.C), la ilicitud de la causa u objeto, y la *“omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos”* (art. 1740, C.C.); empero, generan nulidad relativa la incapacidad relativa de las partes, el error, la fuerza, el dolo y las deficiencias de la formalidades habilitantes o tutelares (art. 1741 C.C.). Al respecto, consultar la sentencia del 06 de marzo de 2012, Rad. 11001-3103-010-2001-00026-01 de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, sostuvo el apoderado de la parte demandante en el hecho 5 de la demanda *“No obstante, lo acordado y abusando de la confianza de mi poderdante, quien para su época superaba la edad de 84 años y quien tiene eventos temporales de ausencia de lucidez mental, el abogado PATIÑO MARTÍNEZ, elaboró el contrato y colocó 5% y no 3% como se había concertado, haciendo firmar el mismo, solo por el socio Gestor, ignorando la firma de los socios comanditarios, documento éste que no fue ni siquiera autenticado”* (fl.98). Por tanto, y dado que se procede a verificar, en un primer plano, si los eventos temporales de ausencia de lucidez mental generan alguna nulidad del acto celebrado entre las partes.

Al respecto, es necesario tener en cuenta que, no toda alteración psíquica suprime la libre determinación de la voluntad, ni conlleva necesariamente a que una persona no esté en sano juicio, mucho menos que no pueda conocer y medir debida y razonablemente las consecuencias de sus actos, pues para tener certeza que una persona es incapaz por ser *“demente”* como dice el art. 1504 del CC, o es una persona en situación de *“discapacidad mental”* como lo precisa el par. del art. 2º de la L. 1306/2009, debe existir plena prueba de tal alteración, tal y como lo sostuvo la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL4823-2020, así como la Sala de Casación Civil de la misma corporación, quien, en sentencia del 13 de julio de 2005, Rad. C-1100131100211999-09882-01, precisó lo siguiente:

“De ahí que con relación a los actos jurídicos del demente no interdicto, la Corte tiene explicado, reiterando doctrina anterior, que como “no toda enfermedad mental permite decretar la nulidad de un testamento o de actos o contratos ejecutados o celebrados por quien la padece”, con ese propósito se “requiere la prueba de que ‘ha habido una perturbación patológica de la actividad psíquica que suprime la libre determinación de la voluntad’ y además que ‘esa perturbación...fue concomitante a la celebración del contrato’”, es decir, “deberá acreditarse en forma plena que dicha persona a la sazón no estaba en su sano juicio porque padecía una enfermedad mental que no le permitía conocer y medir debida o razonablemente las consecuencias de su actos” (sentencia de 25 de mayo de 1976, CLII-171/172).

Acogiendo lo expuesto por Antonio Rocha, en el mismo antecedente se agregó que “la doctrina y los jueces se muestran más renuentes a anular por incapacidad mental un testamento que un contrato, porque el testador, cuando se discute el testamento no puede comparecer ya a defender su voluntad. Pero ni en uno ni en otro caso, basta la duda sobre la demencia, sino como en toda sentencia condenatoria se requiere la plena prueba” (De la prueba en derecho, 5ª Ed. Bogotá 1967, pág. 601). En idéntico sentido se expresa la Corte en sentencia del 2 de junio de 1942 (LIII, pág. 613)”. (Se resalta)”.

Del mismo modo, en sentencia SC19730-2017, puntualizó:

“La capacidad y la voluntad en los actos o negocios jurídicos están íntima y recíprocamente relacionadas porque una y otra, constituyen requisitos de validez necesarios de todo tipo de manifestación de la voluntad jurídica, con perjuicio de generar nulidad; sin embargo, tienen una fisonomía propia, sin confundirse, entre sí; así por ejemplo, la voluntad es requisito esencial o de existencia de los actos o negocios jurídicos, sustancialidad que no ostenta la capacidad, porque ésta, apenas es un presupuesto de la validez negocial. (Subrayado fuera del texto original).

La capacidad del sujeto de derecho, siendo una, tiene una expresión dual o fraccionada, con independencia de todo tipo de anfibología que despierta el solo uso de su terminología jurídica: 1. Como capacidad jurídica, natural o de goce es la aptitud para ser titular de relaciones jurídicas o para que determinado derecho u obligación se radique en un sujeto o éste sea titular del mismo. Se obtiene, por el solo hecho de nacer o de existir, en consecuencia, la posee toda persona sin necesidad de estar dotada de voluntad reflexiva, razón por la cual, constituye un verdadero atributo de la personalidad, como propiedad esencial de toda persona sin distinción, con las restricciones legales del caso. En esta órbita de la capacidad hállase el sujeto de derecho en estado pasivo, simplemente como receptor de derechos; y, 2. La capacidad de obrar, de ejercicio, negocial es posibilidad, cualidad o aptitud de ser titular de derechos, de disponer y de contraer obligaciones en forma personal, voluntaria, autónoma y libremente, sin imposiciones; es la facultad para ejecutar o realizar determinado acto ideado por el intelecto; “(...) es poderse obligar por sí mism[o], sin el ministerio o la autorización de otra persona” (art. 1502 del C.C.), y que por tanto, demanda una voluntad desarrollada o deliberativa. Es la habilidad legal para ejecutar o producir un acto jurídico, como tal, presumida legalmente en las personas mayores de dieciocho años, salvo distingos legales, en nuestro derecho, siendo esta la regla general, puesto que la inhabilidad o discapacidad constituyen la excepción. (Subrayado fuera del texto original).

En consecuencia, la capacidad de obrar, se supedita a la existencia de una voluntad reflexiva o de discernimiento; de tal forma que representa el carácter dinámico por cuanto permite que el sujeto en ejercicio de su libertad negocial actúe produciendo efectos jurídicos con su conducta volitiva externa. Apareja, en sí, una presunción iuris tantum, por cuanto se permite probar lo contrario, esto es, la existencia de una discapacidad mental absoluta o relativa (artículo 15 de la Ley 1306 de 2009). La diferencia de la capacidad de goce, la de obrar se torna en condición o requisito de validez de los negocios jurídicos; y del mismo modo, si la capacidad jurídica se analiza vista en su aspecto pasivo, la negocial se presenta en su forma activa como ejecución de conductas en el ámbito de la autonomía del sujeto de derecho. (Subrayado fuera del texto original).

La capacidad negocial permite ejercer o exigir derechos o contraer obligaciones en forma personal en pos de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas en forma voluntaria y autónoma; por esta razón el Diccionario de la Real Academia Española caracteriza la capacidad de obrar, negocial o de ejercicio como la “(...) aptitud para ejercer personalmente un derecho y el cumplimiento de una obligación”¹, y la capacidad jurídica, natural, de goce, de adquisición o de derecho como “(...) aptitud legal para ser sujeto de derecho y obligaciones”². Por esa razón, dada la presunción legal, en principio todos tenemos la suficiencia, la idoneidad, la competencia o facultad para comprometer los derechos de los cuales somos titulares, en forma directa y sin el ministerio legal o representación de otra personal, a menos de probarse lo contrario. (Subrayado fuera del texto original).

Por tanto, en punto del ejercicio de los derechos, las discapacidades absolutas, relativas o especiales (Ley 1306 de 2009 y artículo 1501 del Código Civil), deben probarse en procura de aniquilar un acto o negocio jurídico, las cuales no constituyen propiamente impedimentos, sino medidas de protección y de ética negocial de sus derechos; todo esto simplemente, porque la capacidad se presume, mientras la incapacidad debe demostrarse, según los términos del artículo 1503 del Código Civil: “Toda persona es legalmente capaz, excepto aquéllas que la Ley declara incapaces”.

Conforme a lo anterior, era imperativo que la parte actora desplegara toda la actividad probatoria necesaria para establecer que el señor Raúl Ambrosio Rivera Sierra presentaba ausencia de lucidez mental al momento de la celebración del contrato de prestación de servicios con el accionado, el cual data del 31 de julio de 2015 (fls. 2 a 4). No obstante, del laudo arbitral del 05 de julio de 2016, así como de la audiencia del 17 de noviembre de 2015, se observa que el señor Rivera rindió interrogatorio de parte sin que se avizore que hubiese puesto alguna situación que pudiera invalidar su declaración (fls. 25 a 63 y 173 a 181), decisión que por demás versa sobre el mismo trámite frente al cual le fue otorgado poder al demandado.

Del mismo modo, se denota que el señor Raúl Ambrosio Rivera celebró con el accionando posterior al 17 de noviembre de 2015 otro contrato de prestación de servicios profesionales (fls. 215 a 217); documentos respecto de los que debe decirse que si bien obra el espacio para la firma de los demás socios comanditarios, no era necesaria su firma pues es el socio gestor quien tenía en su cabeza la administración de la sociedad, según el artículo 326 del C.Co, siendo solo posible la representación del socio comanditario cuando se delega para una tarea determinada por parte del socio gestor, tal y como lo establece el artículo 327 del C.Co. Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el testigo y socio comanditario Mauricio Rivera Calderón manifestó al rendir testimonio que entre 2014 y 2017, nunca rubricó otros documentos que fueron firmados por el señor Raúl Ambrosio Rivera como constancia de que eran aprobados por los socios comanditarios.

Así mismo, en la constancia del 08 de febrero de 2012, se hace referencia a que presentaba síntomas del canal lumbar derecho resaltándose que presentaba una buena

¹ RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 270.

² RAE, Diccionario esencial de la lengua Española, 22 edición; Madrid: Espasa Calpe, 2006, p. 270.

salud mental (fl.219); de la providencia del 31 de mayo de 2018, la Sala Disciplinaria de H. Consejo Superior de la Judicatura terminó anticipadamente la queja disciplinaria elevada por el señor Raúl Ernesto Rivera Calderón, entre otros argumentos, por cuanto la lucidez mental *“solo vino a ser alegada un año después de suscrito el contrato, cuando ya se había fallado favorablemente el proceso, es decir, cuando el abogado había cumplido la gestión encomendada”* (fls. 233 a 239); y de la historia clínica de la Clínica el Country se señaló que sólo hasta el 30 de septiembre de 2016 que el señor Raúl Ambrosio Rivera padecía de desorientación leve en espacio y tiempo, y solo fue hasta el 15 de abril de 2018 que se hizo alusión de un trastorno neuro-cognoscitivo mayor debido a la enfermedad Alzheimer (fls. 254 a 270).

Por lo anterior, es claro que le asiste razón a la A quo, en los razonamientos que realizó frente a la falta lucidez mental que se alega por parte del señor Raúl Ambrosio Rivera, pues no existe prueba que permite que dicha situación existiera al momento de la celebración del contrato de prestación de servicios con el demandado.

Por otra parte, señala el apoderado de la parte actora que hubo una fractura en la confianza y/o buena fe del señor Raúl Ambrosio Rivera como representante legal de la demandante, en la medida que hubo un acuerdo anterior entre las partes en relación con la prima de éxito, la que se pactó inicialmente en un 3% y no en un 5%, como quedó plasmado finalmente en el contrato de prestación de servicios, por lo que hubo una intención de producirle un daño, lo que configura un dolo al existir conductas engañosas. Para ello, fundamenta que la confianza nació como consecuencia de la vivienda que le fue otorgada por el señor Raúl Ambrosio Rivera, así como en las ayudas que se le brindaron en relación con su subsistencia.

Bien, el dolo, es concebido en sentido amplio como la intención de inferir o causar daño a alguien (art. 63 C.C.), en el negocio jurídico consiste en la maniobra, artificio, engaño, maquinación consciente y deliberada de una parte o sujeto contractual con suficiente aptitud para inducir o provocar un error de la otra parte y obtener su consenso o voluntad en la celebración del acto; para su configuración debe ser determinante, esencial, definitivo e incidente en la obtención del consenso de la parte, en forma de aparecer claramente que sin él no se habría contratado (art. 1515, C.C.), podrá consistir en una acción, reticencia u omisión y debe probarse por quien lo invoca en todas sus exigencias, salvo que la ley lo presuma (arts. 1516, 1025/5, 1358, 2284 C.C.; cas. civ. sentencias de junio 29 de 1911 y 23 de noviembre de 1936, XLIV, p.483 reiteradas en la sentencia del 06 de marzo de 2012, Rad. 11001-3103-010-2001-00026-01).

Dicho lo anterior, es necesario igualmente que se allegue prueba suficiente para establecer si se incurrió por parte del accionando en maniobras engañosas a fin de inducir o provocar un error en el señor Raúl Ambrosio Rivera, y obtener con ello su consenso o voluntad para que en el contrato de prestación de servicios se tuviera como porcentaje de la prima de éxito un 5%, y no un 3% como presuntamente fue establecido por las partes antes de su celebración.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00146 -01
Demandante: INVERSIONES R.A RIVERA SIERRA & CIA S EN C
Demandado: RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ

Bien, de la totalidad de las declaraciones de parte, así como del testimonio de Mauricio Rivera Calderón se extrae que entre el señor Raúl Ambrosio Rivera y el accionado existía una amistad que iba más allá de las labores de este último como apoderado, no obstante, ello *per se* no significa que éste último se hubiera valido de esa confianza y/o familiaridad, para incrementar el porcentaje de su prima de éxito.

Nótese que además de lo expuesto en cuanto a la lucidez mental del señor Raúl Ambrosio Rivera, las únicas prueba de las que se podría constatar la presunta maniobra del demandado, es el interrogatorio de parte del representante legal del demandante que tiene como fin principal la confesión, y el testimonio de Mauricio Rivera Calderón, en el que tan solo se señaló que se había acordado previa la celebración del contrato de un 3% como prima éxito, declaración que no tiene sustento en algún otro medio probatorio que lo pueda respaldar, declaración que se estudió con mayor rigurosidad, conforme a lo establecido en el artículo 51 del C.P.T y de la S.A, al tener la calidad de socio de la empresa demandante.

Por las anteriores razones, y ante la insuficiencia probatoria para acreditarse la configuración de una nulidad absoluta o una relativa considera la Sala que la decisión de la Juzgadora de Primera Instancia es acertada, por lo que, se CONFIRMARÁ.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. 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 sentencia.

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2018-00146 -01
Demandante: INVERSIONES R.A RIVERA SIERRA & CIA S EN C
Demandado: RAFAEL PATIÑO MARTÍNEZ

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450,000= a cargo de la parte actora.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00517 -01

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Old Mutual Pensiones y Cesantías, y se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO promoviese contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la Porvenir S.A, así como las subsiguientes afiliaciones a los fondos Protección S.A y Old Mutual Pensiones y Cesantías. Como consecuencia de ello se ordene a Old Mutual Pensiones y Cesantías realizar el traslado a Colpensiones de todos los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, frutos, intereses, y rendimientos.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de información que no se le brindó al demandante al momento de su traslado a Porvenir S.A, así como en la inducción en error de la que fue objeto por parte de Protección S.A, y Old Mutual Pensiones y Cesantías.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

Colpensiones se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que no está acreditado alguna de las causales de nulidad, esto es, error, fuerza y dolo, por demás que, el accionante ha hecho parte del régimen de ahorro individual por más de 20 años.

Finalmente indicó que, el demandante no cumple con los requisitos para que se pueda llevar a cabo su traslado, especialmente que le falten más de 10 años para cumplir la edad de la pensión de vejez en el régimen de prima media.

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que el acto de afiliación del accionante fue de forma libre y voluntaria, y se entiende que lo fue así, según las voces del artículo 2 del Decreto 1642 de 1995, con la suscripción del formulario de afiliación.

Señaló que, anteriormente el accionante ya se había afiliado a dos fondos privados, por lo que, no le es imputable la responsabilidad de no informar las implicaciones del cambio de régimen pensional.

Expresó que, el demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse, ya que, no cumplía con ningún requisito para pensionarse al momento de su traslado.

Explicó que, cuenta con departamentos especializados donde capacitan a sus asesores comerciales, para que puedan explicar de manera satisfactoria, las características, particularidades, bondades, y limitaciones del régimen individual con solidaridad.

Adujo que, las normas que se promulgaron sobre la viabilidad del traslado de régimen pensional no imponían a los fondos privados la obligación de notificar a los afiliados sobre la posibilidad de cambiar de régimen pensional; deber que surgió con la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015.

Dijo que, la nulidad pretendida por el actor, no puede ser otra que la nulidad relativa, pues no se evidencia objeto o causa ilícita, o la omisión de algún requisito o formalidad que la leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contrato en consideración a su naturaleza o la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan; que no en caso no se presenta incapacidad relativa ni lesión enorme; que no hay error de hecho, pues el que se alega no se presentó en cuanto a la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa; que no se encuentra que el dolo encuentre respaldo probatorio en el material documental allegado por el accionante; y que no se configuró fuerza, ya que, esta lleva consigo la generación de un temor.

Finalmente mencionó que, el traslado requerido por el actor no acreditar con los requisitos legales, ya que, le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad requerida en el régimen de prima media; y que no es beneficiario del régimen de transición para que pueda retornar al régimen de ahorro individual y se le puedan aplicar la sentencia SU-062 de 2010.

Porvenir S.A también se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que no existe vicio de consentimiento alguno, como quiera que, la selección de régimen de parte del actor fue de forma libre y voluntaria, lo que quedó plasmado en su formulario de afiliación.

Dijo que, sus asesores comerciales reciben permanentemente capacitación a fin de que brinden a los afiliados una adecuada orientación y asesoría, por demás que, el régimen de ahorro individual con solidaridad pone en manos de afiliado la decisión respecto de su futuro a través de la planeación y el ahorro, lo que implica que se deban realizar cotizaciones constantes, por demás que permite pensionarse de manera anticipada y con un monto de pensión previamente calculado.

Enunció que, a la fecha de traslado del demandante los fondos privados no tenían la obligatoriedad de brindar la información en los términos que informa la parte actora, pues el deber de asesoría solamente fue previsto en la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2555 de 2010, según concepto de la Superintendencia Financiera del 29 de diciembre de 2015.

Agregó que, con la expedición de la Ley 797 de 2003 se publicó en un diario de circulación nacional el aviso de prensa en el que se indicó las modificaciones referidas, siendo una de ellas, la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando la persona se encuentre a 10 años o menos de cumplir la edad para pensión.

Indicó que, no puede alegares que se desconocía la ley en materia pensional, pues la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que el accionante contaba con el derecho de retracto; que no se evidencia objeto o causa ilícita, o la omisión de algún requisito o formalidad que la leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contrato en consideración a su naturaleza o la calidad de las personas que los ejecutan o acuerdan; y que no hay error de hecho, puesto que se observa que el que se alega hubiere recaído en la especie del acto o contrato o sobre la identidad de la cosa.

Finalmente expresó que, la carga de la prueba recae en quien alegue la mala fe o la culpa de un apersona, o afirma que ésta conoció o debió conocer determinado hecho; y que no es dable aplicar el precedente judicial, en la medida que, el accionante no cuenta con el régimen de transición, con una expectativa legítima, ni con un derecho adquirido.

Finalmente, Protección S.A igualmente se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que la supuesta existencia de un vicio del consentimiento a razón de la falta de información o engaño deviene en un error, empero es el régimen normativo el que establece las características de los regímenes pensionales, condiciones, ventajas y desventajas, por lo que el error que se alega es el de derecho, el cual no vicia el consentimiento.

Señaló que, el dolo no vicia el consentimiento a menos que tenga una incidencia tal que de no a ver existido, no se habría suscrito el contrato; y que, en caso de existir nulidad, está ya se encontraría saneada.

Dijo que, ha transcurrido un poco más de 20 años desde el traslado del accionante, por lo que, no puede ahora alegarse una nulidad contrariando sus propias actuaciones y decisiones; y que, aunado a lo anterior, existen actos del afiliado encaminados a reafirmar su voluntad de permanecer en el RAIS,

Explicó que, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia no resultan aplicables al caso, en la medida que dicha Corporación ha protegido beneficiarios del régimen de transición y/o personas con expectativas legítimas.

Concluyo exponiendo que, sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010 que surgió el deber de información.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. – DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de julio de 1998

SEGUNDO. – CONDENAR a Old Mutual a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con los rendimientos financieros causados y sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

TERCERO. – CONDENAR a Colpensiones para que acepte dicho traslado y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

En síntesis, refirió que, siguiendo los lineamientos expuestos por la Corte Suprema de Justicia, era deber de las demandadas acreditar que brindaron la suficiente información al accionante para que pudiera tener claridad acerca de las consecuencias de su traslado, no obstante, del acervo probatorio no se logra desprender que tuviera conocimiento de las características del RAIS y del régimen de prima media, así como de las modalidades de pensión.

Demandante: **JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO**

Demandado: **COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.**

Agregó que, no está demostrado que algún fondo privado brindó la información en los términos aludidos ni siquiera que le hubieran informado la posibilidad de retornar al régimen de prima media.

Finalmente adujo que, en el traslado se deben reconocer todos los aportes junto con los rendimientos financieros, no siendo así con los gastos de administración.

4. Argumentos de los Recurrentes

Porvenir S.A

Expuso que, el documento que firmó el demandante se presume auténtico y no fue tachado de falso, por demás que se trataba de un mayor de edad, por lo que no se avizora un vicio del consentimiento.

Agregó que, el formulario no brinda información adicional, ya que la asesoría fue de forma verbal; preforma que suministra la Superintendencia Financiera y que era legal en la época del traslado, siendo únicamente necesaria su firma.

Indicó que, el demandante en su interrogatorio incurrió en contradicciones, por demás que estuvo en tres fondos diferentes donde tuvo diferentes asesorías, y de su dicho, se logra extraer su conocimiento del RAIS.

Finalmente indicó que, no se debe condenar en costas porque la información suministrada fue veraz y comprensible para la época.

Old Mutual Pensiones y Cesantías

Expresó que, los gastos de administración son una imposición normativa en orden a que protegen dos rubros, póliza de invalidez y muerte, y gastos administrativos del manejo de la cuenta individual, de modo que, de ser devueltos se estaría frente a un detrimento patrimonial de la compañía, dado que ya no hace parte de su capital.

Agregó que, no se está teniendo en cuenta los rendimientos que produce cada una de las administradoras, que estos nunca serían iguales a los que produce Colpensiones, escenario que genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de este.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2020, se admitieron los recursos 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, el que fue utilizado por los apoderados de éstas.

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales ante el hecho de no poder sostener una interpretación diferente.

IV. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Revoca parcialmente la decisión de primer grado.

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

Ineficacia del traslado

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 25 de junio de 1998 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A (fl. 225) 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 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.

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

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

Es por ello por lo 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. 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.”

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 225 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió con 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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

"(...) 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, si bien para la época en que el señor Vélez Jaramillo se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (25 de junio de 1998) 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 con ninguno de los medios probatorios recaudados, pues si bien el actor en su interrogatorio de parte manifiesta que el asesor le comentó sobre alguna de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, del mismo no es posible tenerlo por confeso en el sentido que le fue dada la información en los términos antes mencionados, pues de su declaración se extrae que no conoció las características, ventajas ni desventajas que le podría traer su afiliación.

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.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no

desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello por lo que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, tal y como lo manifestó la juzgadora de primer grado.

Ahora bien, en cuanto a la reasesoría que se le brindó a la accionante y de la cual da cuenta los formularios visibles a folios 169 y 256, por parte de Old Mutual Pensiones y Cesantías y Protección S.A es de anotar que la misma no suple la obligación primigenia que tenía Porvenir S.A. de haberle brindado en el año 1998 (año en que se trasladó de régimen) la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

Frente a los argumentos referentes a la descapitalización del fondo y la afectación al 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:

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

“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 que se descapitalizaría el fondo común o se afectaría 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 del actor, 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.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-026-2019-00517 -01

Demandante: JUAN FERNANDO VÉLEZ JARAMILLO

Demandado: COLPENSIONES, PORVENIR S.A, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, Y PROTECCIÓN S.A.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Costas

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, como lo fue en este caso Colpensiones y los fondos privados demandados, por lo que las de primera instancia se confirmarán.

V. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

VI. DECISIÓN

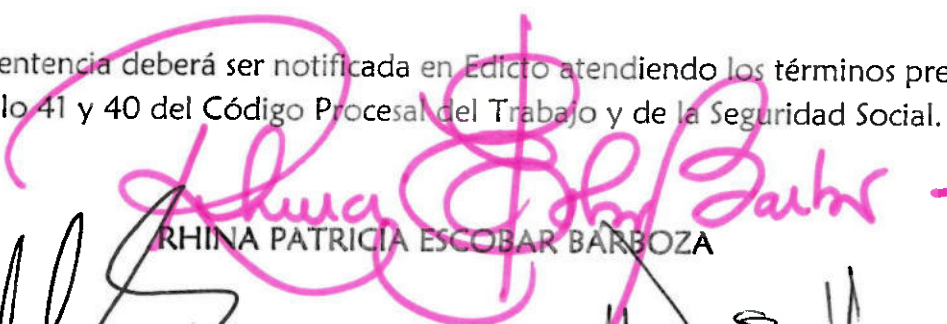
En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,

R E S U E L V E

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia apelada y consultada.

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.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 110013105008201700275 -01

Demandante: FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINAS

Demandado: UGPP

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de febrero de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y Aprobado según Acta No 005

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la parte demandada, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 31 de enero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINÁS promoviese contra la UGPP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende la indexación de la primera mesada pensional de la pensión que fuere reconocida al actor el 28 de agosto de 1998.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la presunta falta de actualización de la mesada pensional entre el finiquito de la relación laboral y el pago de la prestación.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

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 haberse pactado de forma voluntaria la pensión de jubilación y su monto, esto último no podía ser discutido en sede judicial.

Demandante: FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINAS

Demandado: UGPP

Concluye señalando que, los actos administrativos dictados se encuentran conforme a derecho.

3. Providencia recurrida

La a quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO. - DECLARAR no probada la excepción de compensación y parcialmente la de prescripción.

SEGUNDO. – CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP a reliquidar la pensión de jubilación especial reconocido al señor FELIPE ANOTNIO ESTRADA LLINÁS, la cual par el año 2015 debió ascender a la suma de \$2.304.886.

TERCERO.- CONDENAR a la encartada a pagar las diferencias por mesadas pensionales a partir del 27 de junio de 2015, las cuales adicionalmente se deben indexar al momento del pago.

[...]”

Luego del extenso relato de demanda y contestación, tuvo por proado que el demandante era beneficiario de una pensión voluntaria de jubilación, a partir del 28 de agosto de 1998. Acto seguido, define la figura de la indexación y la plantea como viable, cuando transcurre un tiempo entre el momento en que se reconoce una pensión y aquél en que esta última se hace exigible.

Hace un recuento sobre la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia sobre la indexación y concluye que, a la fecha todo tipo de pensión puede ser objeto de actualización en su primera mesada. Desciende entonces al caso en estudio, y de forma confusa anotó que la entidad en múltiples actos administrativos fijó la mesada del actor, para finalmente indicar que la primera mesada del actor no había sido beneficiario de ella.

Efectuadas las operaciones aritméticas del caso, establece la primera mesada pensional en \$877.582.92 y refiere que al año 2015, ella ascendía a la suma de \$2.304.886. Previene la orden de pago de retroactivo y aplica prescripción parcial con anterioridad al 27 de junio de 2015.

4. Argumentos de la Recurrente

Expresa que, no es posible indexar la primera mesada pensional del actor, pues este se encontraba con una pensión voluntaria que fue acordada entre las partes, quienes concurrieron en uso de su voluntad, a fijar el valor que tendría la primera mesada pensional así como el derecho a la misma.

Demandante: FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINAS

Demandado: UGPP

Ante ello, no podía accederse a las pretensiones de la demanda, sin vulnerar ese acuerdo a que las partes llegaron en el año 1990.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite 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, el cual fue utilizado por el apoderado de UGPP.

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 medio de impugnación.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es UGPP, se verificarán las condenas impuestas.

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:

¿Hay lugar a indexar la primera mesada pensional del demandante?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Indexación de la Primera Mesada Pensional.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema en particular, en sentencias como la SL13256-2017, SL3276-2019, SL979-2019, SL5069-2020, mencionar algunas, acogió la tesis de la H. Corte Constitucional, adoctrinando que en la sentencia de unificación SU-120 de 2003, el Tribunal Constitucional dejó

Demandante: **FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINAS**

Demandado: **UGPP**

sin efectos varias decisiones proferidas por la justicia ordinaria laboral, en las que se negó el derecho a la actualización del salario base de liquidación de la pensión de jubilación de los accionantes, con fundamento en que (i) el derecho a la indexación de la primera mesada pensional encontraba respaldo directo en la Constitución Política, específicamente en los artículos 48 y 53; (ii) distintas disposiciones del orden jurídico, tales como los artículos 14, 36 y 117 de la Ley 100 de 1993 obligan al reajuste tanto de las pensiones causadas, como de los recursos destinados a atender las prestaciones futuras, mediante la aplicación del índice de precios al consumidor, según certificación expedida por el DANE; (iii) el artículo 53 de la Carta Política impone a los jueces el deber de interpretar las normas en sentido favorable a los trabajadores; luego, ante la disyuntiva de aplicar o no la actualización, la justicia laboral debía inclinarse por lo primero; y (iv) la indexación es un derecho informado en la igualdad, la equidad y los principios generales del derecho.

Igualmente, refirió el máximo órgano de la Justicia ordinaria en su especialidad laboral que, en la decisión de constitucionalidad C-862 de 2006 al advertirse un déficit de regulación de la indexación de la pensión de jubilación, se dispuso declarar exequibles los numerales 1.º y 2.º del artículo 260 del C.S.T, en el entendido que el salario base para la liquidación de la pensión de jubilación de que trata este precepto debía ser actualizado con base en la variación del índice de precios al consumidor IPC certificado por el DANE; que en la sentencia C-891A de 2006, por idénticas razones, se declaró la exequibilidad del artículo 8.º de la Ley 171 de 1961, bajo el entendimiento de que comprende la indexación de los salarios base de liquidación y, en consecuencia, en todos aquellos casos en los cuales la citada norma todavía surta efectos, debía aplicarse el mecanismo de actualización.

En ese orden de ideas, si bien el plenario da cuenta del acuerdo para el reconocimiento de una pensión voluntaria por parte del hoy extinto PUERTOS DE COLOMBIA, lo cierto es que allí (i) no se excluye la indexación y, (ii) aun cuando ello hubiese sido acordado, pues al ser un derecho irrenunciable no podría dársele validez al documento respectivo.

Puestas de este modo las cosas, se considera que la condena impartida por la a quo es acertada por lo que se confirmará.

Valor de la primera mesada pensional

Al punto tenemos que, si bien el accionante fue objeto de un sin número de modificaciones en el valor de su mesada pensional, lo cierto es que según dan cuenta las Resoluciones 000089, 00652 y 000669 de 2009, el Ministerio de Protección Social, Grupo Interno de Trabajo Gestión Pasivo Social Puertos de Colombia determinó que a partir del año 1998, su ingreso sería equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente para la época (\$203.826).

Demandante: **FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINAS**

Demandado: **UGPP**

Y a esto último arribó, luego de indicar que la pensión voluntaria habría de respetarse dado que era un acuerdo vinculante reconocido en la Resolución No. 043017 de noviembre 6 de 1990 y 038673 de noviembre 22 de la misma anualidad; pero que el valor allí narrado no podía sostenerse, puesto que tales actos administrativos perdieron vigencia y ante ello, el monto de la primera mesada pensional era aquél expuesto en la Resolución 000089 de 2009, el cual era igual a \$151.765.74¹

En ese orden ideas, se recuerda que para calcular la indexación la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en variada jurisprudencia, como en la del 06 de diciembre de 2007, Rad. 32020, ha adoptado la siguiente fórmula: $VA = VH \times IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial}$; donde: **VA** = IBL o valor actualizado; **VH** = Ingreso base de cotización; **IPC Final** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad de la fecha de causación de la pensión; e **IPC Inicial** = Índice de Precios al Consumidor de la última anualidad para cada ingreso base de cotización.

Así, y efectuadas las operaciones aritméticas de rigor, se tiene que la primera mesada pensional del demandante asciende a la suma de \$819.482.48, razón por la cual, habrá de modificarse la decisión de primer grado en tal sentido, aclarando que para para el año 2015, la mesada pensional asciende a la suma \$2.152.290.87.

Prescripción

Sobre este asunto, encontramos que se elevó reclamación el 14 de diciembre de 2011 – reiterada el 28 de diciembre del mismo año- (F 182). Ella fue resuelta mediante Resolución RDP 006167 de julio 24 de 2012 (F 181 a 185).

Luego de ello y según dan cuenta los folios 186 a 189, el demandante nuevamente y en fecha 27 de octubre de 2015, solicita la indexación de su primera mesada pensional. Tal petición es resuelta, de forma negativa, mediante Resolución 033809 de septiembre de 2016, la que fue notificada el 5 de octubre de la misma anualidad. En ese orden de ideas, al presentarse la demanda el día 27 de junio de 2018, se interrumpió efectivamente el término prescriptivo con la reclamación que data del 2015 y con relación a las diferencias generadas en los tres años anteriores a ésta última anualidad.

Sin embargo, es tal el grado de improvisación en la providencia de primera instancia que se declaró probada la prescripción desde el año 2015, cuando lo correcto era señalar el año 2012; pero, al no haber sido apelada tal situación por la parte interesada, habrá de dejarse incólume.

¹ En el expediente se narra una suma \$162.515, sin embargo, en la Resolución 00 de 000089 de enero 27 de 2009 fue reajustado a \$151.765.74.

Código Único de Identificación: 110013105008201700275 -01

Demandante: FELIPE ANTONIO ESTRADA LLINAS

Demandado: UGPP

Finalmente, sobre la indexación nada habrá de objetarse, como quiera y la misma deviene de la necesidad de resarcir la pérdida del valor adquisitivo de la moneda y no se opone a derecho.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas.

V. 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,

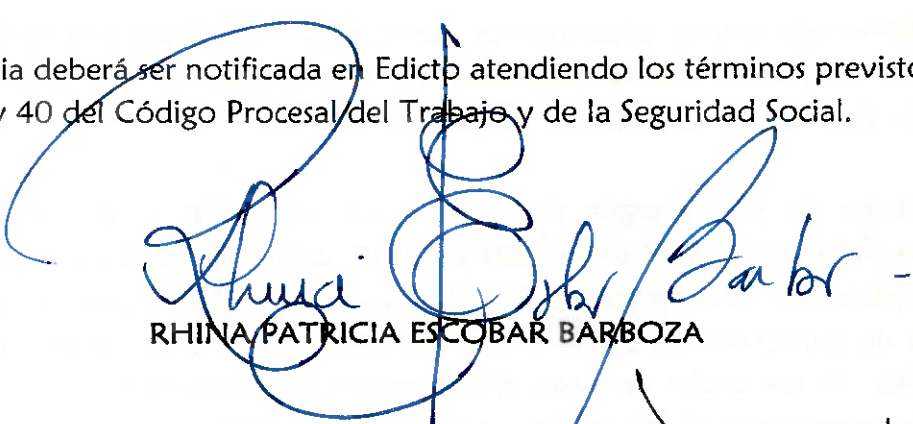
RESUELVE

PRIMERO. -- MODIFICAR el numeral segundo de la providencia, en el sentido de indicar que la mesada pensional indexada para el año 1998 ascendía a la suma de \$819.482.48 y al año 2015 era la suma de \$2.152.290.87.

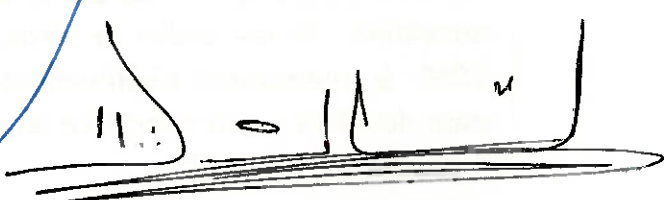
SEGUNDO. -- CONFIRMAR en lo demás la providencia objeto de estudio.

TERCERO. -- Sin Costas.

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.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A. J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que TULIA ESPERANZA CASTILLO CUBILLOS promoviese contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que se ordene a Porvenir S.A realizar el traslado de aportes y rendimientos a Colpensiones, quien deberá recibirlos, así como el reconocimiento y pago de 50 salarios mínimos por concepto de sanción conforme al artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de información de parte de Porvenir S.A a la demandante al momento de su traslado.

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 prescripción), principalmente, expuso que a la actora le hacen falta menos de diez años para cumplir

con el requisito de edad en el régimen de prima media, sin que acredite los requisitos de las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010, por demás que no es beneficiaria del régimen de transición.

Señaló que, no todo error vicia el consentimiento, sino solamente aquel que real o presuntamente llegue a convertirse en el móvil determinante de la voluntad, no obstante, no se avizora ninguno que tuviera tales características; que la nulidad no se alegó dentro del plazo del artículo 1750 del C.C, esto es, de cuatro años; y que cualquier nulidad se encuentra saneada por la ratificación tácita del acto.

Finalmente agregó que, de concluirse que no se realizó una asesoría informada al momento que se generó el traslado, Colpensiones no debe asumir ningún tipo de sanción, más aún cuando la persona que se traslada no ayudó a financiar su pensión en el régimen de prima media.

Porvenir S.A., de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que brindó la información necesaria para que la accionante efectuara su traslado de régimen, quien suscribió formulario de afiliación de afiliación de forma libre, espontánea, y sin presiones, el 30 de junio de 2001.

Indicó que, se hicieron campañas masivas a través de los medios de comunicación, informando a todos los afiliados sobre la expedición de la Ley 797 y el Decreto 3800 de 2003, y la posibilidad de retornar al régimen de prima media, durante el año de gracia concedido para tal efecto.

Señaló que, para el momento del traslado de la actora su expectativa de pensión era aún lejana, y no era beneficiaria del régimen de transición, por demás que, era una persona plenamente capaz, y el desconocimiento de la normatividad sobre la materia, no sirve de excusa.

Dijo que, el Decreto 692 de 1994 únicamente imponía como requisito el diligenciamiento de un formulario de afiliación, el cual una vez suscrito puede ser objeto de retracto dentro de los cinco días siguientes.

Adujo que, con el acto celebrado no se incurrió en vicio del consentimiento, ya que, es la misma demandante quien hace constar al imponer su firma en el formulario de afiliación que su decisión fue tomada de manera, libre, espontánea, y sin presiones, lo que descarta el error de hecho, en la medida que, no el yerro no fue sobre la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica; que no se encuentra demostrado el dolo, pues no se avizora conducta maliciosa o de engaño desplegada por el fondo privado; y que el contrato celebrado entre las partes, no tiene como fundamento un objeto o una causa ilícita.

Explicó que, solo fue hasta 2015 que la Superintendencia Financiera de Colombia rindió concepto acerca de la obligatoriedad del deber de información; y que el deber de asesoría e información nació con el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015, los que son anteriores a la fecha de traslado.

Concluyó expresando que, los gastos de administración y seguro de pensión de vejez e invalidez son calculados bajo la misma base de cotización que la de la cuenta de ahorro pensional, teniendo como límite máximo el 3,5% del IBC.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que del formulario de afiliación se logra extraer que la accionante se trasladó a Porvenir S.A de forma libre y voluntaria, de conformidad con las formalidades legales del Decreto 692 de 1994.

Indició que, no se demostró error de hecho, por demás que, el que se observa en el expediente es un error de derecho, el cual no vicia el consentimiento; y que no se encuentra acreditado dolo, ya que no obra en el pleno prueba alguna de engaños que se le hubieran podido impartir a la actora.

Dijo que, a la accionante le restaban 17 años para pensionarse, no era beneficiaria del régimen de transición, y le faltaban 700 semanas para acceder a la pensión, por demás que, no se evidencia un perjuicio irremediable o vicio del consentimiento, pues pensar lo contrario, sería prácticamente exigir una proyección pensional, lo que resultaban imposible para el momento del traslado, pues restaban 17 años para acceder a la pensión, de manera que el supuesto vicio del consentimiento tan solo surge luego de acaecida la edad de pensión, y se origina en una información que desconocía para el fondo privado.

Finalmente expresó que, no se está frente a una afiliada lego en la medida que, se está frente a una profesional y trabajadora del Departamento de Cundinamarca; la trabajadora se encontraba en formación de su derecho pensional, se desconocía si se tendría el mismo ingreso; que los casos analizados por la Corte Suprema de Justicia no son análogos, ya que, en ellos se protegió a personas beneficiarios del régimen de transición o con expectativas legítimas; que en los salvamentos de votos se advirtió que cada caso era particular y que no era un tema pacífico; y que las sentencias de tutela donde se han estudiado casos del Tribunal Superior de Bogotá tienen efectos *inter partes*.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, se debe declarar la ineficacia y reconocer la sanción del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, como quiera que, el Decreto 692 de 1994 establece que el formulario de afiliación debe estar firmado por el empleador, omisión que obligaba

al fondo privado a subsanar el error dentro de un mes, empero, tal error nunca se corrigió.

Dijo que, del testimonio y del interrogatorio de parte, se puede extraer que la accionante estuvo en una charla de cinco minutos, no le informaron las consecuencias de su traslado, nunca le avisaron de las modalidades de la pensión, así como las características del régimen de ahorro individual, carga que estaba en cabeza del fondo privado, quien debía suministrar información clara, contundente y precisa.

Expresó que, la obligación de la honestidad y transparencia viene del Estatuto Financiero, en virtud del servicio que prestan los fondos privados, debía velar porque los derechos de la accionante estuvieran conforme a un Estado Social de Derecho, bajo un orden justo, de solidaridad, de protección del trabajador.

Adujo que, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el formulario no es un elemento esencial de convicción, y por el contrario del testimonio se extrae que no le fue suministrada suficiente información; y que no se puede considerar a la actora como profesional, pues además que era Técnica en Comercio Exterior, no tiene el conocimiento para establecer como se pensionaría, pues ni siquiera un abogado sabe liquidar este tipo de prestaciones.

Señaló que se desconoció el precedente jurisprudencial, pues este es un elemento auxiliar de la justicia de obligatorio incumplimiento, forma parte del debido proceso, sin que se expresara el porqué se apartaba de él.

Indicó que, el fondo no envió como asesor a un experto en seguridad social para brindar información suficiente a la afiliada, pues se deben establecer ventajas y desventajas, por demás que todo empleado tiene una expectativa pensional, pues se encontraba laborando en la Gobernación de Cundinamarca durante 17 años.

Finalmente explicó que, a los fondos privados que sólo les interesó captar afiliados, no se brindaron suficientes explicaciones sobre las consecuencias de los regímenes, sus características, hubo un silencio perverso, ya que, no se hicieron las advertencias correspondientes.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 23 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las demandadas.

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.

que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, al ser imposible sostener una interpretación diferente.

IV. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Revocar la decisión de primer grado.

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

Ineficacia del traslado

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, señaló 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 30 de junio de 2001 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A (fl. 28) 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.

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

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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.

Así mismo, 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 por lo 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. 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.

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

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.”

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 28 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con 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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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, si bien para la época en que la señora Castillo Cubillos se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de junio de 2001) 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 con ninguno de los medios probatorios recaudados, pues si bien

la actora en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de Porvenir S.A comentó le informaron la posibilidad de pensionarse con una mesada mejor en contraste con el régimen de prima media, esto es insuficiente para tener por confeso a la demandante y que se acreditó el pluricitado deber de información en los términos antes mencionados, más aún cuando tal declaración es conteste con la de Sonia Maritza Castillo Cubillos, en el entendido que la información suministrada fue precaria, y no se puso de presente las características de los regímenes pensionales, ni la forma como se causaría la prestación en estos.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia 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 encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un

plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello por lo que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, tal y como lo estableció la A quo.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“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 se descapitalizaría el fondo común o se afectaría 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 a 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.

De otro lado, y sobre la devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha

situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que hubiere recibido el fondo con motivo de la afiliación de la demandante, tal y así se establecerá en la sentencia.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Finalmente, y en relación con la sanción de que trata el literal b) del artículo 13 en consonancia con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la Sala se abstendrá de reconocerla, en la medida que la norma establece que es el Ministerio de Trabajo o la Superintendencia Nacional de Salud los legitimados para imponerla, veamos:

“ARTÍCULO 271. SANCIONES PARA EL EMPLEADOR. <La competencia asignada en este artículo al Ministerio de Salud, será ejercida por la Superintendencia Nacional de Salud. Ver Notas de Vigencia> El empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o del Ministerio de Salud<1> en cada caso, que no podrá ser inferior a un salario mínimo mensual vigente ni exceder cincuenta veces dicho salario. El valor de estas multas se destinará al Fondo de Solidaridad Pensional o a la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad y Garantía del Sistema General de Seguridad Social en Salud, respectivamente. La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador”.

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

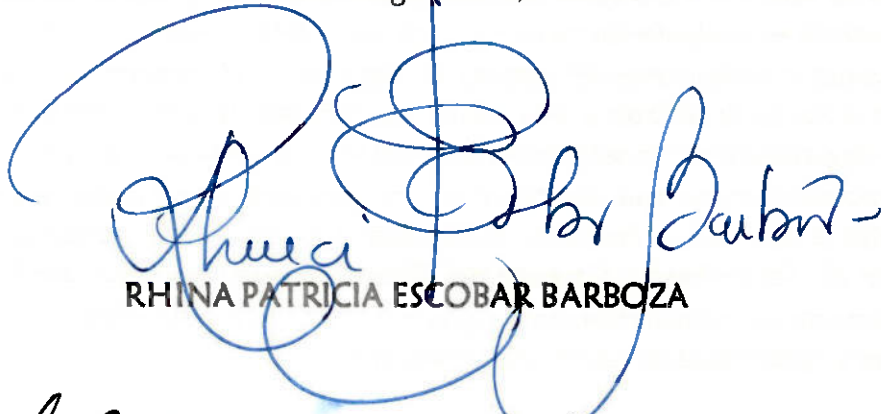
PRIMERO.- REVOCAR la sentencia. En su lugar se dispone:

- a. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la señora Tulia Esperanza Castillo Cubillos a través de Porvenir S.A, de fecha 30 de junio de 2001. Como consecuencia de lo anterior, tener a la señora Tulia Esperanza Castillo Cubillos como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad.
- b. **ORDENAR** a Porvenir S.A a trasladar con destino a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la señora Tulia Esperanza Castillo Cubillos, junto con sus rendimientos, y porcentaje de gastos de administración.
- c. **ORDENAR** a Colpensiones a recibir a la señora Tulia Esperanza Castillo Cubillos como afiliada al régimen de prima media con prestación definida, actualizando su historia laboral.

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,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-018-2019-00289 -01

Demandante: **MARÍA EUGENIA RINCÓN SANTANA**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la parte demandada, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA** la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 23 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA EUGENIA RINCÓN SANTANA** promoviese contra **COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el reconocimiento y pago de una pensión de vejez por ser beneficiaria del régimen de transición, junto con los intereses moratorios e indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en el cumplimiento de la demandante de los requisitos para acceder a una pensión de vejez, así como en los tiempos laborados con Multiproyectos S.A, Pompones Ltda., Gente Oportuna Ltda., Flores Urimaco Ltda., Claveles Colombianos Ltda., Aguirre Vicario J, Hidalgo Misael, F. Suple. ALV y ART Cía. Ltda., y Duran Guzmán Luis José.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que, si bien la accionante es beneficiaria del régimen de

transición, no contaba con 750 semanas al 31 de julio de 2010, para que se le extendiera hasta 2014.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - **DECLARAR** que la actora pertenece al régimen de transición

SEGUNDO. - Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a Colpensiones a pagar la pensión de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990 a favor de la actora a partir del 01 de septiembre de 2018, equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente, junto con el pago de mesadas ordinarias (12) y una adicional, así como los reajustes legales correspondientes, sumas que deberá ser indexadas

TERCERO. - **ABSOLVER** a la demandada de las demás pretensiones formuladas en su contra

CUARTO. - **DECLARAR** no probada la excepción de prescripción

En síntesis, refirió que, la accionante tenía más de 35 años al 01 de abril de 1994, por lo que en principio era beneficiaria del régimen de transición.

Expresó que, la actora a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, 22 de julio de 2005, contaba con 912,37 semanas, incluyendo los tiempos de Gente Oportuna Ltda., y Flores Urimaco Ltda., pues dichos periodos presentaron fue mora, y en consecuencia le correspondía a Colpensiones efectuar las acciones de cobro.

Dijo que, la demandante a 2014 acumula 1152,37 semanas, por lo que es beneficiaria del Acuerdo 049 de 1990; que la pensión se debe reconocer a partir del 01 de septiembre de 2018 pues cotizó hasta agosto de ese mismo año; que la prestación se debe pagar sobre un salario mínimo, pues hizo cotizaciones sobre ese valor durante los últimos diez años de cotización; y que al causar la pensión luego de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, tiene derecho a 13 mesadas.

Adujo que, no hay lugar a intereses moratorios por cuanto se contestó la petición de la demandante en tiempo; y que pese a lo anterior hay lugar a indexación por la depreciación del dinero.

Finalmente indicó que, no operó prescripción, ya que se demandó el 12 de abril de 2019, por lo que no operó el término extintivo.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, Colpensiones hizo todas las gestiones necesarias para realizar los cobros en mora de los periodos de la demandante porque no puede imputarse el reconocimiento de tales tiempos. De esta manera, la actora no cumple los requisitos

para acceder a la pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, ya que, no acumula las semanas que establece esta normatividad.

Finalmente indicó que, no debe condenarse en costas pues actuó conforme a la normatividad y lo que aparecía en la historia laboral.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación y 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, el cual fue utilizado por ambas partes.

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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

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:

¿Es la accionante beneficiaria de una pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990?

Tesis

Modificar la decisión de primer grado.

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

Acuerdo 049 de 1990

En primer lugar, es menester señalar que la demandante al 01 de abril de 1994, data de entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, contaba con más de

35 años de edad (36 años, 10 meses, y 15 días), ya que nació el 17 de mayo de 1957, según se desprende de la cedula de ciudadanía que obra a folio 24, por lo que, en principio es beneficiaria del régimen de transición.

Ahora bien, el Acto Legislativo 01 de 2005, por medio del cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política, modificó el régimen de transición que la Ley 100 extendía hasta el 2014, y lo mantuvo hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que, a la entrada en vigor de este, acreditaran, por lo menos, 750 semanas cotizadas al sistema general de pensiones.

Del mismo modo, el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, exige como requisitos 55 años de edad, y 1000 semanas o 500, dentro de los 20 años reseñados.

Al punto, encontramos que la accionante, según historia laboral obrante en el medio óptico de folio 39 acumula un total de 1184,29 semanas, de las cuales 854,31 fueron cotizadas antes de la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, por lo que, la accionante extendió su régimen de transición hasta el 2014, fecha para la cual acumulaba 970 semanas de las cuales 288,48 fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Ahora bien, el *A quo*, para efectuar el reconocimiento prestacional tuvo en cuenta los tiempos servidos con Gente Oportuna Ltda., y Flores Urimaco Ltda., que según la demanda fueron del 25 de octubre al 26 de diciembre de 1984, y del 17 de octubre de 1989 al 07 de enero de 1990. Ciertamente, dichos empleadores aparecen en la historia laboral pero las semanas cotizadas aparecen en “0”.

Al respecto, encuentra la Sala que en la historia laboral se encuentran computadas con Gente Oportuna Ltda., 100,14 semanas por periodo laborados del 06 de septiembre al 01 de octubre de 1982, y del 13 de octubre de 1982 al 01 de junio de 1985, no obstante, no puede ser incluida ninguna semana adicional, ya que la accionante laboró y le fueron contabilizados los tiempos con Claveles Colombianos del 15 de marzo de 1982 al 01 de julio de 1983 (67,71 semanas), presentando tiempos simultáneos. Por tanto, únicamente era dable contabilizar el periodo del 02 de julio de 1983 al 01 de junio de 1985, lo que arroja un total de 100,14 semanas, tal y como se estableció en la historia laboral, y en donde ya está contabilizado el periodo que se pretende, es decir, el del 25 de octubre al 26 de diciembre de 1984.

En relación con Flores Urimaco Ltda. del 17 de octubre de 1989 al 07 de enero de 1990, observa la Sala que, la accionante laboró y le fueron contabilizados los tiempos con Expertos Ltda. del 16 de junio de 1989 al 28 de enero de 1990 (32,43 semanas), por lo que, nuevamente estamos frente a tiempos simultáneos.

Lo anterior, conforme al pacífico criterio de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia, sentencias SL8717-2014, SL7885-2015, SL4237-2019, por mencionar algunas, donde se señala que las semanas simultaneas se aplican en lo

concerniente a la determinación del IBC de los ciclos en que aparecen esos tiempos simultáneos, pero no se contabilizan como semanas de cotización adicional.

Así las cosas, no es posible tener en cuenta los tiempos que consideró el *A quo*, por lo que, se hace necesario los demás requeridos en la demanda, para lo cual y previo a proceder su estudio, previamente es menester traer a colación que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL9856-2014, SL17300-2014 y SL14388-2015, diferenció los efectos de la mora en el pago de los aportes, de los de falta de afiliación al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes. Consideró que la validez de las semanas cotizadas en mora no puede ser cuestionada o desconocida por la respectiva entidad de seguridad social, si antes no acredita el adelantamiento de las acciones tendientes a gestionar su cobro; no siendo así con la falta de afiliación al sistema de pensiones, donde la responsabilidad en el pago de las prestaciones de seguridad social recae sobre el empleador.

Ahora, y con el fin de dar una solución pacífica y conteste con los principios del sistema de seguridad social, como las prestaciones pensionales a cargo del afiliado y la financiación del sistema, señaló la H. Corte que las omisiones del empleador en la afiliación del trabajador al sistema de pensiones, debe tener como respuesta el reconocimiento del tiempo servido, como tiempo cotizado, por la entidad de seguridad social respectiva, con el correlativo cobro al empleador de los lapsos omitidos, a través de cálculo actuarial.

De esta manera, es claro que si bien el tratamiento dado al empleador en el caso de la mora, y de la falta de afiliación es similar, y tiene como consecuencia que la entidad de seguridad social haga el cobro al empleador, ya sea de aportes en mora o de un cálculo actuarial, respectivamente, también lo es que al existir afiliación por parte de un empleador se conoce claramente a quien es dable endilgarle la mora y a quien efectuarle el cobro, mientras que en caso de la falta de afiliación se desconoce el empleador, empresa, entidad, o ente que no ejecutó tal acto, por manera que únicamente cuando se tenga certeza que un trabajador tiene un determinado empleador, corre a cargo de éste efectuar el correspondiente pago de un cálculo actuarial para que no se vea afectada la financiación de la pensión, y de paso el sistema de seguridad social.

Así, y en términos de la sentencia SL5089-20220, lo que resulta preciso es demostrar la existencia de un empleador omiso en la afiliación para obligarlo a trasladar a la correspondiente administradora el valor de un cálculo actuarial, correspondiente a los periodos omitidos.

Bajos los anteriores derroteros se estudiarán los tiempos requeridos en la demanda:

- Multiproyectos S.A. De junio de 1994 al 31 de diciembre de 1998.
 - a. Se encuentran contabilizados del 23 junio de 1994 al 12 de octubre de 1997, empero únicamente se tuvieron dentro del periodo del 23 de junio al 31 de diciembre de 1994, 17,43 semanas, ello, por una mora en que se incurrió para el mes de diciembre de 1994. En ese sentido, sí es dable la contabilización del remanente, y por ende se tendrá 1,28 semanas adicionales.
 - b. En cuanto a tiempos referentes del 01 al 22 de junio de 1994, no hay prueba alguna de que se hubieren laborado con Multiproyectos S.A durante tal periodo.
 - c. En relación con el periodo del 13 de octubre de 1997 al 31 de diciembre de 1998, además de que no existe prueba de labor con Multiproyectos S.A, en dichos periodos se encuentra que la accionante laboró para otros empleadores así: Fuller Aseo y Mantenimiento Ltda., del 23 de enero al 11 de marzo de 1998; MD Confecciones, 26 días de octubre de 1998, y del 01 de noviembre al 01 de diciembre de 1998.
- Pompones Ltda. Del 04 de agosto al 15 de septiembre de 1989.

La accionante laboró y le fueron contabilizados los tiempos con Expertos Ltda. del 16 de junio de 1989 al 28 de enero de 1990 (32,43 semanas), por lo que, nuevamente estamos frente a tiempos simultáneos.
- Claveles Colombianos Ltda. Del 15 de marzo de 1982 al 14 de octubre de 1983.
 - a. En cuanto a tiempos referentes del 15 de marzo de 1982 al 01 de julio de 1983, fueron contabilizados los tiempos, arrojándose un total de 67,71 semanas.
 - b. En relación con el periodo del 02 de julio de 1983 al 14 de octubre de 1983 la accionante laboró y le fueron contabilizados los tiempos con Gente Oportuna Ltda. del 02 de julio de 1983 al 01 de junio de 1985, arrojándose un total de 100,14 semanas, por lo que nuevamente estamos frente a tiempos simultáneos.
- Hidalgo Misael. Del 19 de noviembre de 1993 al 15 de febrero de 1994.

Se encuentra contabilizadas las correspondientes semanas (12,71)
- F. Supe Alv., y Art. Cía. Ltda. Del 13 de marzo de 1985 al 02 de enero de 1988.

Únicamente aparecen los tiempos del 13 de marzo al 30 de diciembre de 1985, pero sólo se tuvieron en cuenta 30,29 semanas, dado que existen tiempos simultáneos con Gente Oportuna Ltda., con quien se contabilizaron los tiempos del 02 de julio de 1983 al 01 de junio de 1985, por lo que, únicamente era dable contabilizar las semanas del 02 de junio de 1985 al 30 de diciembre de 1985, que arrojan 30,29 semanas.

- Duran Guzmán Luis José. Del 09 de septiembre de 1985 al 24 de julio de 1986.
 - a. Los tiempos del 09 de septiembre al 30 de diciembre de 1985 se encuentran contabilizados con F. Supe Alv., y Art. Cía. Ltda., empleador al que se le contabilizaron tiempos del 02 de junio de 1985 al 30 de diciembre de 1985, que arrojan 30,29 semanas, por lo que, se tratan de tiempos simultáneos.
 - b. En relación con los tiempos del 31 de diciembre de 1985 al 24 de julio de 1986, estos se encuentran contabilizados por 29,43 semanas
- Aguirre Vicaria Antonio J. Del 25 de mayo de 1977 al 30 de agosto de 1978. Según reporte de semanas periodo de 1967-2014 aparece que dicho empleador afilió a la trabajadora el 25 de mayo de 1977 y que dicha relación se extendió hasta el 30 de agosto de 1978, empero que el mismo presentó en sus cotizaciones deuda, señalándose en la historia laboral la siguiente observación: "Periodo en mora por parte del empleador". Por tanto, dichos tiempos sí es dable contabilizarlos, pues además no se verifica simultaneidad, teniendo con ello, de modo que, la trabajadora con ello alcanza 66,14 semanas adicionales.

Así las cosas, la trabajadora acumula un total de 1037,42 semanas, las que son suficientes para considerar acreditado el requisito de las 1000 semanas de que trata el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, por lo que, se considera acertada la decisión del *A quo* de reconocer la prestación.

Fecha de reconocimiento.

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, establece que la pensión de vejez, se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma, y que para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para este riesgo. De esta manera, la Sala de Casación Laboral del H. Corte Suprema de Justicia ha dicho que cuando se está frente a una pensión de vejez de prima media administrada por el ISS, su disfrute está condicionado a la desafiliación formal del sistema (sentencias CSJ SL 6159-2016, CSJ SL 5515-2016).

Sin embargo, dicha Corporación en sentencia del 20 de octubre de 2009 Rad. 35605, reiterada el 27 de noviembre de 2017, Rad. 56618, admitió algunas excepciones a la obligación de desafiliación formal del sistema para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y esto es, cuando en un proceso no obra prueba del acto de desafiliación al sistema, la que puede inferirse de la concurrencia de varios hechos, como la terminación del vínculo laboral del afiliado, la falta de pago de aportes y el cumplimiento de los requisitos en materia de edad y de cotizaciones; circunstancias de las cuales no quede duda de la intención del afiliado de cesar su vinculación al sistema en procura de la obtención del derecho pensional.

De conformidad con lo anterior y descendiendo al caso, tenemos que la última historia laboral arrimada data del 10 de septiembre de 2019 según medio óptico obrante a folio 39, fecha para la cual la demandante si bien ya acreditaba el requisito de edad y de semanas, como quedó visto, sigue cotizando, por lo que, no es posible establecer desde que momento es su intención cesar su vinculación al sistema general de seguridad social en pensiones.

Por tanto, se MODIFICARÁ el numeral segundo de la sentencia en el sentido de establecer que, COLPENSIONES deberá reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez de conformidad con la pensión de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990, a partir del día siguiente en que efectuó o haya efectuado el retiro del sistema; prestación que deberá calcularse tomando como IBL el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al que se deberá aplicar la tasa de reemplazo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por trece mesadas adicionales al año, y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes.

Al punto, se aclara que se reconoce la prestación sobre trece mesadas, como quiera que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, pues acreditó la edad de pensión el 17 de mayo de 2012. Lo dicho, conforme a las previsiones del Acto Legislativo 01 de 2005.

Costas

El artículo 365 del CGP establece que se condena en costas a la parte vencida en el proceso, como lo fue en este caso Colpensiones, por lo que las de primera instancia se confirmarán.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. 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**,

R E S U E L V E

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de establecer que, COLPENSIONES deberá reconocer y pagar a María Eugenia Rincón Santana la pensión de vejez de conformidad con la pensión de vejez de que trata el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, a partir del día siguiente

Demandante: **MARÍA EUGENIA RINCÓN SANTANA**

Demandado: **COLPENSIONES**

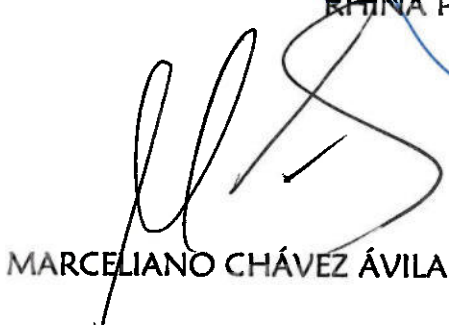
en que efectuó el retiro del sistema o se haya efectuado; prestación que deberá calcularse tomando como IBL el previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al que se deberá aplicar la tasa de reemplazo de conformidad a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, por trece mesadas adicionales al año, y aplicando los reajustes legales anuales correspondientes.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en lo demás la sentencia.

TERCERO. - 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.


PATRICIA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que JOSÉ DOMINGO ZARATE ESPITIA promoviese contra ACERÍAS PAZ DEL RIO S.A y COLPENSIONES.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare que su pensión de jubilación es compatible con la pagada por Colpensiones. Como consecuencia de lo anterior, solicita que se reanude al pago de la pensión de jubilación convencional desde el 11 de noviembre de 1992 junto con las mesadas adicionales e interés moratorios o indexación.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en el pago de las prestaciones de vejez y/o jubilación del accionante, a través de una pensión compartida, pese a que son compatibles.

2. Actuación Procesal.

Notificada 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 prescripción), principalmente, expuso que, ante la eventual condena de un cálculo actuarial, su responsabilidad es recibirlo.

Acerías Paz del Río, de igual manera, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), principalmente, expuso que, el tipo de pensión que se reconoció a favor del accionante es tipo convencional compartible, por lo que su vocación de subrogabilidad.

Finalmente señaló que, la prestación fue reconocida con posterioridad al Acuerdo 029 de 1985, por lo que, su carácter es de compartible, sin que en ningún momento se hubiera acordado algo diferente.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, refirió que, con la expedición del Acuerdo 029 de 1985 se estableció que las pensiones extralegales serían compartibles, siendo únicamente de cuenta del empleador el mayor, con excepción de las prestaciones que convencionalmente se establezca lo contrario, lo que ha sido reiterado en diversas ocasiones por la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente adujo que, en la medida que, la pensión de jubilación reconocida por Acerías Paz del Río S.A se reconoció en 1987, y que las semanas que llevaron al pago de una pensión por parte de Colpensiones, no es dable predicar que las pensiones son compatibles.

4. Argumentos de las Recurrentes

Expuso que, el artículo 5° del Acuerdo 29 de 1985 establece que para que haya lugar a compartibilidad, las cotizaciones deben ser de cuenta exclusiva de su empleador, esto es, de Acerías Paz del Río, no obstante, al accionante le descontaban el aporte de su pensión de jubilación.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió el recurso de apelación y 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, el cual fue utilizado por el apoderado de Acerías Paz del Río.

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:

¿Es la pensión de jubilación reconocida por Acerías Paz del Río compatible con la pensión de vejez que en la actualidad paga Colpensiones?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Compatibilidad y compartibilidad

De acuerdo con el acervo probatorio que reposa en el plenario, está demostrado que la empresa Acerías Paz del Río S.A., reconoció al demandante pensión de jubilación convencional, a partir del 16 de diciembre de 1987 (fl.25).

De igual manera, está acreditado, que el ISS mediante Resolución 003897 de 1993, otorgó pensión de vejez al demandante por cuanto cumplía los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 11 de noviembre de 1992 (fl. 35).

Realizada las anteriores precisiones, es menester diferenciar los conceptos de compartibilidad y compatibilidad. Para ello la Sala se remite a los pronunciamientos del 29 de marzo y 17 de mayo de 2005, de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, Rads. 23507 y 25251, respectivamente, en donde se manifestó que la compartibilidad, surge una vez se empieza a pagar la pensión de vejez por parte de prima media, y el empleador sólo es responsable del pago del mayor valor si lo hubiere. Y, la compatibilidad, se refiere a que ambas pensiones se pagan separadamente, una por la entidad administradora y la otra por la Empresa, y el pensionado disfruta de ambas mesadas.

Así mismo, en tales pronunciamientos también se asentó, que existía compatibilidad de la pensión de carácter extralegal con la de vejez reconocida por el ISS, siempre y cuando la primera se reconociera con anterioridad al 17 de octubre de 1985, y no se hubiere pactado incompatibilidad en acuerdo convencional o pacto colectivo. Dichos pronunciamientos han sido también objeto de pronunciamiento a través de las sentencias del 02 de octubre de 2013, Rad. 48781, SL4870-2019, SL5106-2020, y SL186-2021, por mencionar algunos.

Así las cosas, es claro que al reconocerse la prestación por parte de Acerías Paz del Río S.A después del 17 de octubre de 1985, tenía el carácter de compatible.

Ahora bien, señala la impugnante que el artículo 5 del Acuerdo 029 de 1985 establece que las cotizaciones debían ser de cuenta exclusiva del empleador, es decir, de Acerías Paz del Río S.A, no obstante, el tenor literal de tal norma es el siguiente:

“Los patronos inscritos en el Instituto de Seguros Sociales, que a partir de la fecha de publicación del decreto que apruebe este Acuerdo, otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o voluntariamente, continuarán cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez y en este momento el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el patrono.

La obligación de seguir cotizando al Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, de que trata este artículo, sólo rige para el patrono inscrito en el Instituto de Seguros Sociales.

PARÁGRAFO 1o. *Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva Convención Colectiva, Pacto Colectivo, Laudo Arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellos reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales”.*

Por tanto, no es dable deducir que lo señala la apoderada de la parte actora, pues la única obligación que se puede determinar de la norma trasunta es la de continuar cotizando para los seguros de Invalidez, Vejez y Muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de Vejez, momento a partir del cual el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía siendo pagada por el empleador.

Por lo anteriormente expuesto, y dado que tal y como lo advirtió la Juez de Primera Instancia fueron precisamente las cotizaciones efectuadas por Acerías del Paz del Río S.A, con el ánimo de subrogar su obligación, las que llevaron al reconocimiento prestacional por parte de Colpensiones, tal y como se puede deducir del reporte de semanas obrante a folios 31 a 34, se considera que las prestaciones aquí estudiadas tienen el carácter de compartibles, por lo que, se confirmará la sentencia.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

V. 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,**

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-028-2019-00068 -01

Demandante: JOSÉ DOMINGO ZARATE ESPITIA

Demandado: ACERÍAS PAZ DEL RÍO S.A Y COLPENSIONES

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia.

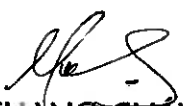
SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte actora.

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.

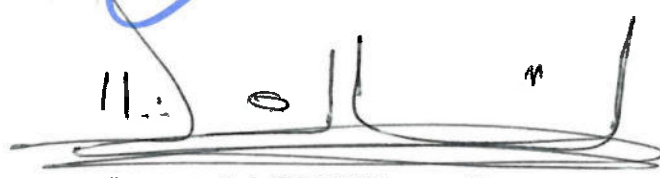
Los Magistrados,



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$450,000= a cargo de la parte actora.



RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

Código Único de Identificación: 11001310502920180025401

Demandante: **MARÍA ELENA CARVALHO DE VEGA**

Demandado: **COLPENSIONES**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

AUTO:

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

I. ASUNTO

Se decide el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de mayo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA ELENA CARVALHO DE VEGA** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, así como la indexación de los valores correspondientes.

Se erige el documento introductor y de forma principal, en la presunta demora al momento de reconocer la pensión de vejez de la actora.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, se opuso a las pretensiones y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre estas la de prescripción.

Adujo que, mediante Resolución No. 322072 del 16 de septiembre de 2014 Colpensiones reconoció a la demandante pensión de vejez en cumplimiento a un fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso No. 11001310501920110071600, efectiva a partir del 1° de agosto de 2003.

Señala que dicho reconocimiento se realizó en cumplimiento de una sentencia de tutela, aclarando, que la actora no cumplía con los requisitos para el reconocimiento de tal prestación, siendo un Juez de la República el que determinó el momento, la forma de liquidación y fecha de causación.

Expone que en el presente asunto, la demandante no cuenta con un recurso en la vía gubernativa para controvertir las resoluciones, ya que estas fueron proferidas en virtud de una orden judicial, es decir, son actos de ejecución.

Concluye indicando que no es procedente reconocer intereses moratorios de la pensión de vejez reconocida a la actora, ya que fue un Juez de la República el que estipuló su fecha de causación, esto es 1° de agosto de 2007, así como los valores que tenían que ser indexados, tal como fue acatado mediante la prementada Resolución, de tal suerte que el reconocimiento se efectuó acatando una orden judicial en su totalidad.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia ABSOLUTORIA.

Para llegar a esa conclusión, indicó, en primer lugar que no existe duda respecto de la calidad de pensionada de la actora, así como de las gestiones que esta debió realizar para que le fuese reconocida la prestación, teniendo que acudir a la justicia ordinaria para ello.

Señala que la demandante elevó ante el ISS solicitud de reconocimiento de pensión de vejez el día 12 de noviembre de 2008, tal y como da cuenta la Resolución No. 15185 del 17 de abril de 2009 (fl. 2), acto administrativo que negó el reconocimiento de la prestación, sin embargo, la misma fue reconocida mediante Resolución GNR 322072 del 16 de septiembre de 2014 (fls. 9-12) con efectos a partir del 1° de agosto de 2007.

Considera que, si bien la entidad accionada incurrió en mora en el reconocimiento de la pensión de la demandante, frente a la misma operó el fenómeno de la prescripción, pues en este caso este concepto no fue reclamado

dentro de los tres años siguientes a la fecha en que fue expedida la Resolución de reconocimiento pensional, situación que también acontece con la indexación.

Lo anterior como quiera que la pensión le fue reconocida a la demandante mediante Resolución GNR 322072 del 16 de septiembre de 2014 y la reclamación por el no pago de los intereses pretendidos fue efectuada por la demandante el 9 de noviembre de 2017, esto es casi dos meses después de vencerse el término para su reclamación.

4. Argumentos del recurrente

Apeló el apoderado de la demandante.

Expuso que en el mes de septiembre de 2017 se radicó solicitud de copia auténtica del auto de liquidación de costas, que puede evidenciarse que se solicitaron copias de todo el expediente, lo que quiere decir que la prescripción se interrumpió en el momento en que se solicitó a Colpensiones dar cumplimiento al fallo y ese escrito es el que da origen a la nueva solicitud que se iba a realizar a Colpensiones para el reconocimiento del pago de los intereses moratorios e indexación.

Aduce que no debe tomarse como fecha para iniciar a contar la prescripción el día 9 de noviembre de 2017 como lo hizo el juzgado, sino la fecha de radicación de los documentos de copia auténtica del fallo y del auto que liquidó las costas, pues con esto se interrumpió la prescripción.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admite el recurso interpuesto.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre del mismo año se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, entidad que reitera lo expuesto en su contestación.

Finalmente, por auto del 26 de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 02 de marzo del mismo año.

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:

¿Es **dable** imponer a la demandada el reconocimiento de intereses moratorios e indexación?

En caso de ser afirmativa dicha respuesta, ¿operó el fenómeno prescriptivo sobre dichos conceptos?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Intereses moratorios

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 06 de noviembre de 2013, Rad. 43602, reiterada el 12 y 19 de marzo de 2014, Rads. 44526 y 45312, respectivamente, dijo que era pertinente morigerar la postura referente a no considerar para efectos de establecer la procedencia de los intereses de mora, el concepto de buena o mala fe o de las circunstancias particulares que hayan conducido a la discusión del derecho pensional.

Es así como, estableció que el no reconocimiento o pago de las prestaciones periódicas a su cargo, debían encontrar plena justificación bien porque tengan respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances o efectos que en un momento dado puedan darle los jueces en la función que le es propia de interpretar las normas sociales y ajustarlas a los postulados y objetivos fundamentales de la **seguridad social**, y que a las entidades que la gestionan no les compete y les es imposible predecir.

Descendiendo al caso bajo estudio, **fue allegada** por la parte accionante y obra también en el disco compacto contentivo del expediente administrativo arrimado por Colpensiones, la Resolución No. 015185 del 17 de abril de 2019 (fls. 6-8, 28 y 45) por la cual dicha entidad negó la pensión de jubilación y vejez solicitada por la hoy accionante.

Como sustento de tal decisión adujo, que la señora Carvalho de Vega no cumplía con el requisito de semanas cotizadas contemplado en la Ley 100 de 1993, también indicó que, si bien era beneficiaria del régimen de transición, no cumplía con el tiempo de servicio al Estado para dar aplicación a la Ley 33 de 1985 y que al estudiarse la prestación en aplicación de la Ley 71 de 1988, tampoco es posible

acceder a la prestación, pues la actora no contaba con cotizaciones al ISS al momento de la entrada en vigencia de la prementada Ley 100.

Los anteriores argumentos fueron expuestos también en la Resolución No. 007577 del 25 de marzo de 2010, la cual resolvió un recurso de reposición (fls. 5-8, 28 y 45) interpuesto contra la Resolución No. 015185.

Posteriormente, de las pruebas adosadas al plenario se evidencia que la accionante presentó proceso ordinario laboral, el cual conoció el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá bajo la radicación No. 11001310501920110071600, el cual, mediante fallo del 20 de junio de 2012 ordenó el reconocimiento y pago a la actora de la pensión por aportes deprecada, providencia que fue revocada parcialmente por esta Corporación a través de fallo del 31 de enero de 2013.

A efectos de dar cumplimiento a las providencias mencionadas, Colpensiones profirió Resolución GNR 322072 del 16 de septiembre de 2014 (fls. 9-12, 28 y 45).

De las citadas pruebas se evidencia, que solo ante el debate probatorio que se surtió al interior del prementado proceso 11001310501920110071600, se llegó a la conclusión que a la demandante sí le asistía el derecho a percibir la prestación pensional, de manera que a criterio de esta Sala de Decisión, no existió mala fe por parte de la demandada ante su negativa y por ello, no habría lugar a la imposición de los intereses reclamados.

En cuanto a la indexación, es menester advertir que el reconocimiento pensional se materializó mediante la pluricitada Resolución GNR 322072 del 16 de septiembre de 2014 y, verificados los documentos allegados tanto de manera física como en el disco compacto contentivo del expediente administrativo, no se evidencia petición alguna presentada a la hoy demandada solicitando el pago de tal concepto y que hubiere interrumpido la prescripción, habiendo acontecido ello tan sólo con la presentación de la demanda que fue el 18 de mayo del 2018 (fl. 26), operando así el fenómeno prescriptivo, pues se dejó transcurrir más de los 3 años de que tratan los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, entre el reconocimiento de la prestación y la demanda.

Al punto, ha de indicarse que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que debe tomarse la fecha de radicación de las copias auténticas de los fallos y el auto que liquidó las costas ante Colpensiones para iniciar el conteo del término prescriptivo, pues los artículos arriba mencionados son claros al indicar que dicho término se contará desde que la obligación se haya hecho exigible y para el caso particular ello resulta ser desde que se reconoció la pensión de la actora.

Corolario de lo anterior se CONFIRMARÁ la sentencia de primer grado, pero por las razones aquí expuestas.

Código Único de Identificación: 11001310502920180025401

Demandante: **MARÍA ELENA CARVALHO DE VEGA**

Demandado: **COLPENSIONES**

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Sin costas en esta instancia.

V. 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 sentencia de primer grado, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

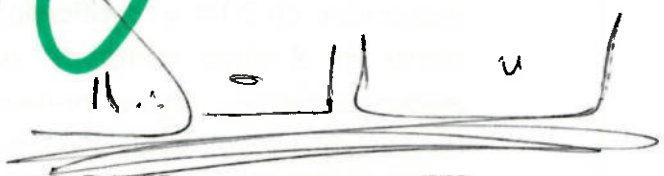
SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310502920190005401

Demandante: **MARIO GAMA DÍAZ**

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: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

AUTO:

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por JOHANNA ANDREA SANDOVAL, identificada con C.C. No. 38.551.125 y T.P. No. 158.999 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderada sustituta de Colpensiones a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con C.C. No. 37.627.008 y T.P. No. 221.228 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

CUARTO: TÉNGASE como procuradora principal de Porvenir S.A. a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.

QUINTO: RECONOCER personería adjetiva a la abogada BRIGITTE NATALIA CARRASCO BOSHELL, identificada con C.C. No. 1.121.914.728 y T.P. No. 288.455 del C.S. de a J., como apoderada sustituta de Porvenir S.A

I. ASUNTO

Se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de COLPENSIONES la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARIO GAMA DÍAZ promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” del traslado que realizó el actor al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de las AFPS Porvenir S.A. y Protección S.A.

Como consecuencia de ello, deprecia se ordene a Protección S.A. el traslado de los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones y a esta última a activar la afiliación del demandante y aceptar y recibir los dineros a trasladar.

Se erige 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 del actor.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones contra esta incoadas y presentó las excepciones que consideró tener a su favor, entre estas la de prescripción.

Adujo que, no hay razón para que se declare la nulidad de la afiliación del actor al RAIS, pues esta tiene plena validez y legalidad, ya que el demandante no probó alguna de las causales de nulidad, y por el contrario confesó que se afilió a Porvenir, con lo que existió voluntad de trasladarse de régimen pensional, máxime cuando estuvo afiliado por más de 14 años al RAIS realizando aportes.

Menciona que existe un principio del derecho el cual establece que nadie puede alegar su propia culpa para beneficiarse, por ende la demandante no puede establecer que fue negligente por más de 14 años para preguntar y averiguar si lo manifestado por el asesor del fondo privado era o no verdad, siendo obligación de cada persona informarse antes de tomar cualquier determinación.

Indica que la afiliación del accionante acaeció en el año 2005 y al haber transcurrido 14 años es pertinente mencionar que el transcurso del tiempo subsanó cualquier tipo de error que hubiese podido acontecer, ya que el demandante nunca dejó de cotizar y tampoco se observa algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado.

Refiere que el traslado del demandante no es procedente, toda vez que en la legislación se encuentra prohibido el traslado de régimen para aquellas personas que se encuentran a 10 años o menos de adquirir la edad pensional, situación en la que se encuentra el accionante, además que no es beneficiario del régimen de transición y su traslado al RAIS es legal y válido.

Por su parte, **PORVENIR S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que considera tener a su favor, entre ellas la de prescripción.

En resumen, adujo 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.

Menciona 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, 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.

Narra 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 él sí pretendió afiliarse al RAIS.

Finaliza mencionando 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 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 lo lleve a ser cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones contra esta impetradas y presentó, entre otras, la excepción de prescripción.

Indicó 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 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 accionante 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 y/o ineficacia 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 de la demandante.

Finalmente, indica que el demandante no hizo uso ni del derecho de retracto ni 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, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa 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.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

“ Primero: Declarar la ineficacia de la afiliación del señor Mario Gama Díaz identificado con C.C. No. 19.346.555, realizada por la demandada Porvenir S.A. el 22 de octubre de 1997, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

Segundo: Ordenar a la demandada Protección S.A. a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante Mario Gama Díaz, como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Tercero: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a recibir de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, rendimientos y actualizar la historia laboral. (...)

Para llegar a esa conclusión, se inicia por hacer un breve recuento de los expuesto en la demanda y contestaciones y posteriormente recapitula el problema jurídico a resolver, el cual consiste en determinar si había lugar a decretar la “nulidad” del traslado de régimen que hiciese el accionante del RPM al RAIS y rememora que el fundamento de las pretensiones de la presente fue la falta de información necesaria para decidir su traslado.

Clara en lo anterior, expone por enunciar que Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes pensionales en Colombia, los cuales son distintos, obedecen a características diferentes y traen consecuencias diferentes en cuanto al reconocimiento y pago de la pensión.

Menciona que la Corte Suprema de Justicia ha desarrollado una línea jurisprudencial, en la que ha dispuesto que por ser esta una materia tan importante los fondos debían informar de manera clara, precisa, no solamente las ventajas sino también las desventajas aplicándolas al caso particular, además de establecer la inversión de la carga de la prueba, siendo el fondo el que debe probar que efectivamente se dio ese tipo de asesoría, lo cual debe aplicarse a todos los afiliados independiente de si son o no beneficiarios del régimen de transición o si tienen o no una expectativa legítima o un derecho adquirido, pues dicho deber opera para todos los afiliados.

Así mismo, trajo a colación que desde la misma promulgación de la ley 100 de 1993 se exigió a los fondos al momento de la afiliación que proporcionara la información debida a los afiliados para que tuvieran un consentimiento informado respecto del traslado de régimen.

Frente al caso particular, aduce, no se demostró en juicio que se hubiese informado al demandante de cada una de las características del régimen pensional al cual se estaba trasladando, las diferencias con el RPM y lo único que al parecer se le indicó era lo referente a la crisis del ISS, además, que el fondo al cual se traslado no demostró mediante ninguna prueba que ello no hubiese ocurrido, por lo que al no existir ninguna prueba que desmienta lo dicho por el accionante cree en su afirmación.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 23 de octubre de 2020, se admite la consulta en favor de Colpensiones.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 del mismo mes y año se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteran lo expuesto en su demanda y contestaciones.

Finalmente, por auto del 26 de febrero del año que avanza se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 02 de marzo del mismo año.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado, así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, al ser imposible sostener una interpretación diferente..

IV. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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 22 de octubre del año 1997 el demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de la AFP Horizonte (hoy Porvenir S.A.) (fl. 108) 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

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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.

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 de 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.

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

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.”

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, a folios 108 y 121 se avizoran los formularios de afiliación que el demandante suscribió el 22 de octubre de 1997 y 20 de marzo de 2002 con las AFP Horizonte – hoy Porvenir S.A. y Protección S.A., respectivamente, los cuales, si bien refieren 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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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. (...)”*”

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.

Adicionalmente, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose los fondos privados en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de la AFP Porvenir S.A. 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, tal y como acertadamente lo expuso la Jueza de primera instancia y por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación

de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor efectuó un traslado horizontal entre administradoras de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de anotarse que desde la ya mencionada sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, el máximo órgano de la jurisdicción laboral señaló que la actuación viciada de traslado entre regímenes no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS, pues ello no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

Conforme lo antes expuesto, 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 sentencia de primer grado, 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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

I. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A, así como estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MELBA ISABEL CUERVO CHACÓN promoviese contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende se declare la “nulidad” del traslado de régimen que realizó del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de Porvenir S.A. Como consecuencia de ello, solicita que se ordene a Porvenir S.A realizar el traslado de aportes, rendimientos, y gastos de administración a Colpensiones, quien deberá recibirlos, así como el reconocimiento y pago de perjuicios.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de información de parte de Porvenir S.A a la demandante al momento de su traslado.

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 prescripción), principalmente, expuso que la afiliación de la actora tiene plena validez y legalidad,

puesto que no se probó vicio del consentimiento, y por el contrario lo que se denota es que existió voluntad de traslado al realizar cotizaciones por más de 22 años.

Indicó que, nadie puede alegar su propia culpa en su favor, de modo que, no es dable para la demandante preguntar luego de 22 años si lo que le manifestó el asesor del fondo privado era o no cierto, pues era su deber informarse.

Finalmente señaló que, el término para efectuar el traslado era cuando faltaran 10 años o más para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; y que mediante el Decreto 3800 de 2003 se advirtió la modificación que trajo consigo la Ley 797 de 2003 en cuanto a los términos de traslado.

Porvenir S.A., de igual manera se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que brindó la información necesaria para que la accionante efectuara su traslado de régimen, quien suscribió formulario de afiliación de afiliación de forma libre y voluntaria

Indicó que, solo fue hasta 2015 que la Superintendencia Financiera de Colombia rindió concepto acerca de la obligatoriedad del deber de información; y que el deber de asesoría e información nació con el Decreto 2555 de 2010 y la Ley 1748 de 2015, los que son anteriores a la fecha de traslado.

Agregó que, si bien existía la obligación para las administradoras del sistema de seguridad social en pensiones entregar de entregar la información dada a quienes pretendiesen vincularse a ellos, era una información necesaria, veraz, y suficiente, empero, no era deber, brindar una asesoría, dar un buen consejo incluso que llevara a desincentivar la afiliación, efectuar una doble asesoría, informar por escrito aspectos puntuales de los regímenes pensionales, señalar el monto de la prestación, ni hacer proyecciones pensionales.

Adujo que, con el acto celebrado con la actora no se contrarió norma imperativa, ni existe causa u objeto ilícito, pues no se estaba frente a persona inmersa en condición de incapacidad, y por el contrario sus condiciones académicas, culturales y sociales le daban suficiente idoneidad y capacidad para entender las consecuencias del traslado de régimen pensional; y que no toda omisión en el deber de informar afecta el consentimiento, por demás que esta obligación debe estar plenamente acreditada y no tener como base meras especulaciones, y debe tener una gran incidencia, pues de lo contrario, a lo sumo generará una nulidad relativa que tendría como consecuencia la rescisión del acto, pero no la pérdida total de efectos del respectivo acto jurídico.

Adicionó que, la afiliada tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias.

Concluyó expresando que, la actora pudo trasladarse de régimen pensional en varias oportunidades, y no lo hizo; que no hay norma legal que establezca la ineficacia de un traslado por ausencia de suministro de información completa a un afiliado; que entre las partes no había debilidad negocial; y que la accionante no era beneficiaria del régimen de transición.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. – DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la actora realizada por Porvenir S.A suscrita el 30 de septiembre de 1994. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO. - ORDENAR a Porvenir S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO. - ORDENAR a Colpensiones a recibir de Porvenir S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

En síntesis, refirió que conforme criterio de la Corte Suprema de Justicia la obligación de informar deviene desde la expedición de la misma Ley 100 de 1993, que la carga de la prueba recae en cabeza de los fondos privados, que la simple firma del formulario de afiliación no satisface el anterior requerimiento, y que no es necesario ser beneficiario del régimen de transición.

Dijo que el hecho de haberse afiliado a época tan cerca a la expedición de la Ley 100 de 1993 en lugar de brindar certeza, genera duda, en la medida que, para ese momento el conocimiento que se tenía del funcionamiento de regímenes era muy limitado, y no hubo campaña de divulgación para saber en que consistían estos.

Finalmente agregó que, no se encuentra acreditado que, a la accionante no se le brindó suficiente información para que pudiera elegir el régimen que más le conviniera, pues de su interrogatorio de parte se desprende que no conocía las características de cada uno de ellos.

4. Argumentos del Recurrente

Expuso que, Porvenir S.A acreditó el deber de información que para su momento recaía en 1994, pues según interrogatorio de parte, la demandante indicó que el asesor le informó que su dinero tendría un ahorro y que este iría a generar unas ganancias, así como que su traslado fue de forma libre y voluntaria, y que no tenía dudas, de lo que se desprende que la información brindada fue suficiente.

Dijo que, para la época del traslado, la ley sólo le exigía a la accionante documentar la afiliación a través de un formulario donde constara que se hizo la asesoría de forma verbal, por demás que el hecho que hubiere sido verbal no va en detrimento de que se hubiere efectuado la asesoría.

Expresó que, la motivación de la actora es el monto de su mesada pensional, y no la falta de información que se señaló en el escrito de demanda, pues informó en interrogatorio de parte que su pensión en Colpensiones sería de \$2'000.000 y en el fondo privado, una pensión de garantía mínima.

Finalmente adujo que, habría únicamente a retornar los valores por aportes y rendimientos, sin incluir gastos de administración, pues el fruto de esos rendimientos son los gastos de administración.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió 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, el que fue utilizado por los apoderados de las partes.

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.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, al ser imposible sostener una interpretación diferente.

IV. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado. Veamos las razones que llevan a la Sala a consentir en ello.

Ineficacia del traslado

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, señala 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 30 de septiembre de 1994 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Horizonte Pensiones y Cesantías (fl. 155) 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:

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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

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

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

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

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

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

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.

Así mismo, 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 por lo 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. 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.

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

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.”

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 155 se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió con Horizonte Pensiones y Cesantías, 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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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, si bien para la época en que la señora Cuervo Chacón se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad (30 de septiembre de 1994) 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 con ninguno de los medios probatorios recaudados, pues si bien la actora en su interrogatorio de parte manifestó que el asesor de Horizonte Pensiones y Cesantías comentó sobre algunas de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, especialmente la posibilidad de pensionarse con una mesada semejante o mejor en contraste con el régimen de prima media, esto es insuficiente para tener por confeso a la demandante y que se acreditó el pluricitado deber de información en los términos antes mencionados.

De igual manera, con las sentencias arriba citadas se evidencia 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 encartada 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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.” (Negrilla fuera de texto)

Es por ello por lo que lo correcto resulta estudiar estos casos a la luz de la ineficacia y no de la institución de las nulidades, tal y como lo estableció la A quo.

Igualmente, debe advertirse que la presente decisión no descapitaliza el fondo ni afecta el principio de sostenibilidad financiera, pues a juicio de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

“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 se descapitalizaría el fondo común o se afectaría 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 cargos que tiene que se

adjudica a 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.

De otro lado, y sobre la devolución de cuotas o gastos de administración. Al respecto, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

En la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparea que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL2877-2020, Rad. 78667, indicó:

“De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse todos los valores que hubiere recibido el fondo con motivo de la afiliación de la demandante, tal y como lo señaló la Jueza de Primera Instancia, como lo es en este caso, lo que se estudia, esto es, los gastos de administración.

Demandante: **MELBA ISABEL CUERVO CHACÓN**

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

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción, en virtud de grado jurisdiccional de consulta, se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

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.**

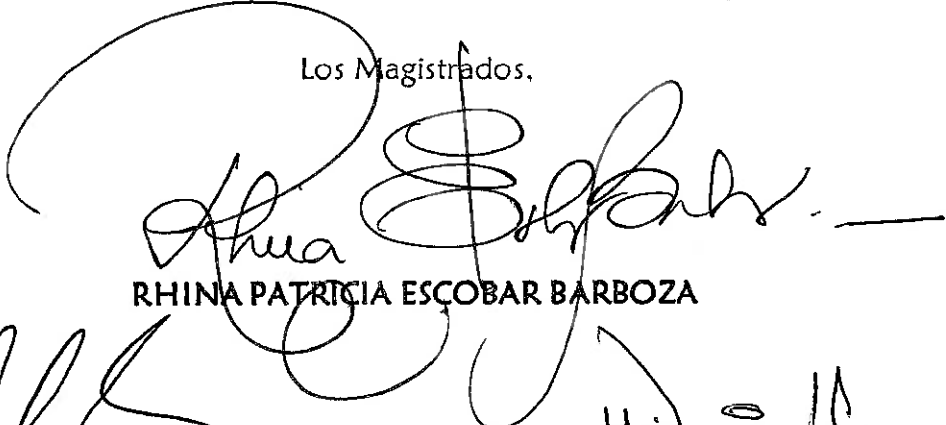
RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia.

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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

Código Único de Identificación: 11001310503220190021401

Demandante: **MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ ACUÑA**

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

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza.

Bogotá, D.C., dos (2) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

AUTO:

PRIMERO: TÉNGASE como procuradora principal de Porvenir S.A. a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S.

SEGUNDO: RECONOCER personería adjetiva a las abogadas JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA, identificada con C.C. No. 53.077.146 y T.P. No. 184.941 del C.S. de la J. y JUANITA ALEXANDRA SILVA TÉLLEZ, con CC. No. 1.023.967.067 y T.P. No. 334.300 del C.S. de la J., como apoderadas principal y sustituta de Porvenir S.A.

I. ASUNTO

Se deciden los **RECURSOS DE APELACIÓN** interpuestos por los apoderados de las demandadas, y se estudia en **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA** en favor de Colpensiones, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de julio de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ ACUÑA promoviese contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la “nulidad” o ineficacia del traslado de régimen que realizó la actora del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.

Como consecuencia de ello, se declare que la accionante siempre ha estado afiliada al RPM y se ordene el traslado a Colpensiones de la totalidad de lo aportado.

Se edifica la demanda 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.

2. Actuación Procesal.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo la de prescripción).

Expuso, en síntesis, que a la fecha de presentación de la demanda la accionante se encuentra próxima a adquirir la edad mínima para pensionarse, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Menciona que, ante dicha entidad, el traslado efectuado por la demandante a Porvenir se efectuó de manera libre y voluntaria y como consecuencia de ello, se hace necesario que la actora pruebe que le fue brindada una información sesgada, sin advertirle los riesgos entre uno y otro régimen para el momento de la suscripción del formulario de afiliación.

Aduce, debe tenerse en cuenta que los casos decididos por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia analizan situaciones diferentes a la aquí expuesta, pues en estos estudiaron casos de personas trasladadas cuyo perjuicio frente a los beneficios del régimen de transición eran evidentes, lo cual resulta evidente en el presente, pues la actora no es beneficiaria del régimen de transición, además, tampoco cuenta con una expectativa legítima.

Indica que, en el presente no se da el vicio del consentimiento alegado por error, ya que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre la actora y Porvenir S.A. por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, y menciona que, en caso de encontrarse probada la nulidad, esta no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del Código Civil.

Finaliza mencionando que, conforme lo dispuesto en el artículo 1516 del Código Civil y el 167 del Código General del Proceso, le correspondía a la demandante la carga de probar la afirmación del engaño, lo cual brilla por su ausencia.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A se opuso a las pretensiones incoadas en la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor, entre estas la de prescripción).

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.

Menciona 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.

Narra 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.

Finaliza mencionando 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 cobijado bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

“PRIMERO. - DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen efectuado por la demandante María Elvira Martínez Acuña de fecha 2 de enero de 2001.

SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos, cobros y gastos de administración así como el bono pensional si a ello hubiere lugar.

TERCERO. – ORDENAR a la demandada Colpensiones a recibir a la demandante María Elvira Martínez Acuña como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. (...)”

En síntesis, adujo que de manera reiterada, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha trasladado la carga de la prueba en cabeza de las AFP's, quienes deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado del afiliado, le suministraron de forma completa la información íntegra al interesado, tal como las diferencias entre los regímenes pensionales, las modalidades pensionales en el RAIS, el

capital que debe acumular en este a efectos de obtener el reconocimiento pensional, los requisitos para obtener la pensión en uno y otro, las implicaciones que el traslado conlleva, entre otros aspectos relevantes.

Menciona que esa obligación de brindar información, surge desde la misma creación de las administradoras de fondos de pensiones, quienes tiene a su cargo el deber de asesoría y buen consejo por ser los especialistas en el tema. Así mismo, que a estas entidades se les ha adjudicado una serie de obligaciones que emanan de la buena fe como son la transparencia, vigilancia y el deber de información.

Narra que este deber de información debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la culminación de las condiciones para el disfrute pensional de manera completa y comprensible.

Para el caso particular, menciona, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante en los términos referidos por la Corte Suprema de Justicia, pues no existe prueba alguna que permita constatar la información suministrada a la demandante más allá de lo referido por ella en el interrogatorio de parte, del cual no se puede extraer la suficiencia de la información suministrada.

Expone que, el formulario de afiliación allegado no constituye medio probatorio que permita inferir que a la demandante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos expuestos, como quiera que dichos supuestos no fueron acreditados por Porvenir S.A.

Concluye indicando que, para el momento del traslado de la accionante, esto es 02/01/2001, Porvenir omitió el deber de información en lo que respecta a indicar de manera clara y suficiente las diferencias de los regímenes pensionales, las consecuencias derivadas del cambio de régimen, los términos para retornar al RPM, entre otras cosas y que al encontrarse ante una situación en la que se verifica un derecho constitucional, como es el de la seguridad social, el mismo es imprescriptible.

4. Argumentos de los recurrentes

La **Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.** Adujo, frente a la declaratoria de ineficacia, que no se dio una situación que hubiese llegado a comprometer la libertad de selección de régimen pensional que tenía la demandante, pues ella manifestó en su interrogatorio que no estuvo compelida a realizar el traslado de régimen y que este lo hizo de forma voluntaria, atendiendo la situación por la cual atravesaba el ISS en ese momento, además, manifestó que la asesora del fondo le hizo una comparación y que para ella era preferible hacer una cotización ante un fondo que le diera mayores garantías en lo que sería su futuro pensional, por lo que, del dicho de la demandante y las pruebas obrantes no se puede inferir que existiera algún tipo de constreñimiento.

Así mismo, indica que la demandante realizó una vinculación posterior a Horizonte, lo que da cuenta de una ratificación de querer estar vinculada al RAIS, tal como fue reconocido en sentencia SL 52704 de 2018, en la que, en su momento, la Corte Suprema manifestó que si se deseaba verificar el deseo del afiliado, era necesario ver qué actos de relacionamiento hacía con su régimen pensional y en este caso ello se demuestra con la ratificación que hace la demandante con su traslado horizontal, lo cual, además permite consolidar una segunda aceptación de las condiciones del RAIS.

Manifiesta que, de lo manifestado por la accionante en su interrogatorio de parte se evidencia que su motivación principal para regresar al RPM es el monto de la pensión, y al respecto, ha sostenido la Corte Constitucional que la finalidad de los regímenes pensionales, más que la fijación de un monto pensional determinado, es el cubrimiento de los riesgos de vejez, invalidez y muerte, situación que de buena fe y de manera profesional ha cumplido esa entidad.

Indica que la actora no es beneficiaria del régimen de transición y por ello no le era desaconsejable, en su momento, hacer un traslado de régimen pensional, pues si bien estos son excluyentes, están en pie de igualdad y la demandante podría haber consolidado su derecho en uno u otro régimen.

Refiere que al no estar tipificado de manera clara y precisa cual era el tipo de información que se debía otorgar en ese momento al afiliado o que cosas específicamente se le tenían que decir, ni estaba tampoco la obligación de dejar memoria escrita de lo que se dijo en la asesoría, esta se realizó de manera verbal, cumpliendo con los requisitos que para el momento se pedía en dicha asesoría.

Expone que, los gastos de administración y otras sumas se han venido descontando de manera periódica de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y su restitución hace que se contravenga la Ley de la institución que regula las restituciones mutuas, ya que esos gastos de administración como las primas dan cuenta de gastos que ya se han consumido, ya que estos tienen como función la remuneración de la gestión profesional que ha hecho esa entidad, además, que estas primas han cumplido con la función de mantener cubiertos los riesgos de invalidez y muerte.

Finalmente, solicita se desestime lo correspondiente a la condena en costas.

Colpensiones. Expone que el juzgador de primer grado no validó que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante se hizo con su plena voluntad, pues por decisión propia solicitó el traslado y firmó el formulario de afiliación, además, no se probó que existiere una nulidad o ineficacia del traslado.

Adujo que no se puede predicar que al no existir documento alguno, aparte del formulario de afiliación, ello no significa que el asesor de Porvenir no haya dado la información suficiente y necesaria para que la demandante se trasladara.

Código Único de Identificación: 11001310503220190021401

Demandante: **MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ ACUÑA**

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

Solicita se tenga en cuenta el interrogatorio de parte rendido por la accionante, en el cual informó que la asesoría dada por la AFP se dio de manera comparativa entre uno y otro régimen, que se le indicó que el fondo privado tenía más estabilidad que el ISS, que su pensión iba a depender del ahorro que realizara en su cuenta de ahorro y que el mismo se encontraba más seguro en el fondo privado.

Así mismo, en dicho interrogatorio la demandante afirmó y relató que conocía lo que era un fondo pensional y sus características desde el momento de su afiliación, razones suficientes para determinar que existió una información por parte de la AFP al momento del traslado y que este se realizó con voluntad y consentimiento informado por parte de la actora.

Deprecia se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica en el entendido que Colpensiones es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la demandante y Porvenir S.A. y que por los efectos inter partes de los negocios jurídicos únicamente deben verse afectadas las partes del mismo, adicionalmente, solicita se tenga en cuenta la sostenibilidad financiera del sistema pensional, ya que al regresar la demandante al RPM luego de haber estado por fuera más de 20 años, se verá gravemente afectado este principio.

Finalmente, en el caso de que no se revoque la decisión de primera instancia, solicita se condene a Porvenir al pago a Colpensiones de los perjuicios económicos que le generó el incumplimiento al deber de información.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admiten los recursos de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 27 de octubre del año 2020 se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de las partes, quienes reiteraron lo expuesto en su demanda y contestaciones, así como en los recursos interpuestos.

Finalmente, por auto del 26 de febrero del año en curso se fijó como fecha para adoptar decisión de fondo el 02 del mes de marzo del mismo año.

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 los recursos.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es COLPENSIONES, se verificarán las condenas impuestas.

III. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que la suscrita Magistrada sustanciadora, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, y la postura del H. Magistrado Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia de tutela STL 8125-2020 con radicado No. 60722 del 30 de septiembre de 2020, procede a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, al ser imposible sostener una interpretación diferente.

IV. 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:

¿Deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

INEFICACIA DEL TRASLADO

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 02 de enero de 2001 la demandante suscribió formulario de afiliación al RAIS a través de Porvenir S.A. (fl. 138) 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.

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

¹ M.P. Dr. Eduardo López Villegas.

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 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 (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

² SL 1688-2019 Radicación No. 68838

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.”

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 138 se avizora el formulario de afiliación que el demandante suscribió el 02 de febrero de 2001 con 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, sin que dentro del plenario obre prueba alguna que demuestre ello.

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. (...)”

Y es que, a juicio de esta Sala, como lo pregonan la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la obligación de información a cargo de las administradoras se estableció desde la misma creación de la Ley 100 de 1993. Al respecto, la sentencia SL 1452 de 2019 (rad. 68852), rememorando la SL 12136 de 2014, expuso:

“(...) En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse <que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito> (CSJ SL 12136-2014).

En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, “Estatuto Orgánico del Sistema Financiero”, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de <suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado>.

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. (...)”

Así las cosas, desde la misma Ley 100 de 1993 se encontraba vigente la obligación de información de las administradoras de pensiones para con sus afiliados o posibles afiliados, y como quiera que el traslado de la accionante acaeció en el año 2001 era obligación, en este caso de Porvenir S.A., brindarle toda la información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, riesgos, diferencias y consecuencias del traslado de régimen, por lo que no resulta acertado el argumento presentado por el apoderado de dicha entidad, pues, si bien no se indicó de manera precisa y explícita la información que debía brindarse, desde el mismo Decreto 663 de 1993 se expuso la obligación de ofrecer a los usuarios la información necesaria para escoger las mejores opciones del mercado.

Al respecto, si bien es cierto, en ninguna norma se advierte acerca de la obligatoriedad de plasmar la prementada situación por escrito o en algún tipo de

documento, este no es el único medio probatorio que puede utilizarse para probar ello.

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que no era necesario allegar documental alguna que probara el cumplimiento del deber de información, encontrándose Porvenir en la libertad de usar cualquiera otro de los medios probatorios consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Así mismo, atendiendo lo expuesto en los recursos de apelación presentados, si bien la demandante en su interrogatorio de parte mencionó que la asesora de Porvenir le había hablado de las ventajas que tenía al vincularse con ese fondo y que estas eran “básicamente comparativas”, ello no la hace conocedora de las características del fondo pensional o de los regímenes pensionales, pues conforme su dicho solamente le presentaron las ventajas sin que se le hubiere informado acerca de las desventajas o riesgos que presentaba su traslado de régimen pensional o de las características que cada uno de ellos presentaba.

Adicionalmente, si bien la accionante manifestó en la prementada diligencia que la motivación principal de su traslado al régimen de prima media era el monto de su pensión, ello no exonera a las administradoras de fondos de pensiones de su obligación de haberle brindado a la afiliada la información en los términos expuestos por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

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.

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.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la ineficacia y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

Al respecto, la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”
(Negrilla fuera de texto)

Es por ello que, el estudio del caso se hace bajo la óptica de la ineficacia del acto jurídico y no de las nulidades, por lo que carece de sentido el que la accionante demuestre que se presentó algún vicio en su consentimiento al momento del traslado, resultando así acertada la decisión de primer grado.

Ahora bien, en cuanto al tema de ratificación del acto de traslado por cambio de administradoras del RAIS, desde la ya mencionada sentencia con radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, el máximo órgano de la jurisdicción laboral señaló que la actuación viciada de traslado entre regímenes no se convalida por los traslados entre administradoras del RAIS, pues ello no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen.

De otro lado, 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 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 cargos 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.

Código Único de Identificación: 11001310503220190021401

Demandante: **MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ ACUÑA**

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

En cuanto a la orden de devolución de cuotas o gastos de administración, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, 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.

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora esta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Así las cosas, al declararse la ineficacia del traslado han de devolverse los gastos de administración que se hubieren cobrado, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

En cuanto a la solicitud de Porvenir S.A. de revocar su condena en costas, a la misma no se accederá por cuanto, en los términos del artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la parte vencida y en este caso ello acaeció con dicha entidad.

En lo que respecta a la excepción de prescripción, acertada resulta la decisión de primer grado al no declararla demostrada, pues la acción de nulidad de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Frente al particular, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó:

Código Único de Identificación: 11001310503220190021401

Demandante: **MARÍA ELVIRA MARTÍNEZ ACUÑA**

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

“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”.

Finalmente, frente a la solicitud de Colpensiones de condenar a Porvenir S.A. al pago de perjuicios económicos a su favor, a ello no se accederá como quiera que ello no fue debatido al interior del proceso.

Conforme lo antes expuesto, 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,**

R E S U E L V E

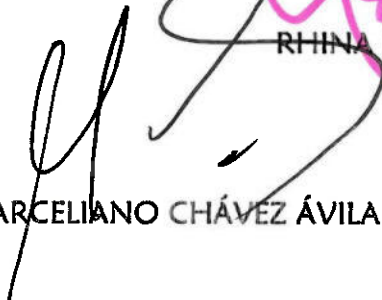
PRIMERO.- CONFIRMAR la providencia apelada y consultada, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

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


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 006

1. ASUNTO

Se deciden el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto por la apoderada del FONCEP contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 01 de septiembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que LUIS EDUARDO MOYA CASTRO promoviese contra el FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES- FONCEP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne con la demanda la actora pretende el pago de la mesada 14 sobre la pensión sanción que le fuere reconocida mediante sentencia judicial, junto con los correspondientes intereses moratorios.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en la falta de pago de la mesada 14 de la pensión que le fuere reconocida mediante sentencia judicial en proceso tramitado ante el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá, y que fuere posteriormente objeto de indexación de primera mesada pensional por parte del Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

Se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción y compensación), principalmente, expuso que, la pensión fue reconocida a partir del 19 de noviembre de 2009, y la mesada 14 desapareció con el Acto Legislativo 01 de 2005.

3. Providencia recurrida

El A quo dictó sentencia condenatoria:

PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por la demandada

SEGUNDO. - CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al demandante de la mesada adicional del mes de junio o mesada catorce, desde la fecha de disfrute de la pensión sanción o pensión restringida de jubilación que le fue reconocida mediante fallo judicial

TERCERO. - CONDENAR a la demandada a pagar el retroactivo de las mesadas adicionales causadas desde el mes de junio de 2010 y hasta el momento en que sea incluido en nómina de pensionados este derecho, mesadas pensionales que se cancelaran de manera indexada desde la fecha de causación de cada una de ellas, y hasta el momento en que se realice su pago definitivo.

(...) QUINTO. - ABSOLVER a la demandada del pago de intereses moratorios solicitados por el demandante

En síntesis, refirió que, la causación del derecho pensional del accionante se dio con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, pues se le reconoció una pensión, de la que el requisito de la edad es de disfrute y no de causación.

Dijo que, la mesada 14 se debe pagar desde el momento en que empezó a disfrutar de su pensión sanción, siendo solo posible estudiar en fenómeno prescriptivo desde la Resolución SPE 1322 de 2018, puesto que fue a partir de ese momento que el FONCEP consideró que no había lugar a la mesada de junio.

Finalmente adujo que, no hay lugar a intereses moratorios, ya que no proceden frente a reliquidaciones, y por ende se debe pagar el retroactivo de las mesadas adicionales debidamente indexadas; y que no existe evidencia del para que opere compensación.

4. Argumento del Recurrente

Expuso que, a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 y en específicamente del 31 de julio de 2011, nadie percibe la mesada 14.

Dijo que, obra en el expediente sentencia mediante la que el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el reconocimiento de la pensión sanción y la deja condicionada al cumplimiento de la edad de 50 años, siendo esta providencia la que establece que el derecho se debe reconocer y disfrutar cuando se arribe a tal edad, lo que aconteció en 2009.

Finalmente señaló que, para 2009 ya estaba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005, por demás que el actor no debía devengar suma superior a tres salarios mínimos, pues supera ampliamente dicho valor.

5. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 13 de octubre de 2020, se admitió el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de ambas partes.

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:

¿La pensión reconocida al accionante mediante sentencia judicial debe ser pagada a través de 14 mesadas?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Mesada adicional de junio

Al respecto, encontramos que, mediante Resolución SPE- 00019 del 22 de febrero de 2010 se dio cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado 01 Laboral del Circuito de Bogotá y que fuere modificada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el sentido de establecer que la pensión sanción sería exigible una vez su cumpla 50 años el 09 de noviembre de 2009, en la suma de \$716.035,52.

Igualmente, se avizora que mediante Resolución SPE- GDP 0910 de 2018 se dio cumplimiento al fallo proferido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, en el que se ordenó la indexación de la primera mesada pensional de la pensión sanción reconocida mediante Resolución SPE- 00019 de 2010, quedando la primera mesada, esto es, la de noviembre de 2009 en la suma de \$1.457.667,94, decisión que sería modificada por el Tribunal Superior de Bogotá para establecer la suma de \$3.356.938,92, decisión que no fue casada por parte de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL138-2018.

Las anteriores resoluciones y sentencias se encuentran visibles en el medio óptico de folio 78.

Sentado lo anterior, se hace necesario precisar que el Acto Legislativo 01 de 2005 entró en vigor en julio de 2005, por lo que si bien, eliminó la mesada 14, y estableció en su parágrafo transitorio 6° que, se exceptuaban de tal supresión, las personas que perciban una pensión igual o inferior a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán 14 mesadas pensionales al año, ello no aplica para aquellos que causaron su pensión con anterioridad a la entrada en vigencia de tal acto legislativo.

En efecto, en sentencia del 03 de diciembre de 2014, Rad. 64736, reiterada el 17 de junio de 2015, Rad. 57638, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha expuesto que se debe respetar el derecho a percibir 14 mesadas, cuando el derecho se causa con anterioridad a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005, porque en el inciso 9° del artículo 48 de la Constitución dejó claro que en materia **pensional** se deben respetar los derechos adquiridos.

En igual sentido, y frente a la prestación reconocida al accionante, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias SL11584-2015, SL7980-2015, y la de radicado 54265 del 20 de marzo de 2013, ha señalado que en tratándose de pensión sanción, el cumplimiento de la edad es un mero requisito de exigibilidad, no de causación del derecho.

Así las cosas, y descendiendo al *sub lite*, encontramos que el Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del 24 de febrero de 1999 reconoció una pensión sanción, señalando que sería exigible a partir del cumplimiento de los 50 años del actor, esto es, el 09 de noviembre de 2009, lo que contrario a lo expuesto por el apoderado de la demandada en su impugnación, lo que implica es, el actor causó su prestación por cumplir los requisitos legales del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, empero que debía esperar el cumplimiento de la edad para su disfrute, y ello es tan así que dicha Corporación estudió como requisitos de causación, la terminación sin justa causa del vínculo y el haber laborado entre 15 y 20 años, lo que adujo se acreditó.

Por tanto, y de conformidad con las providencias de la Sala de Casación de la H. Corte Suprema de Justicia referidas, esto es, que la edad es tan solo un requisito de exigibilidad y que se deben respetar los derechos adquiridos, se considera acertada la decisión del *A quo* de reconocer 14 mesadas, por lo que la sentencia se CONFIRMARÁ, no habiéndose elevado más motivos de inconformidad.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP se condenará en costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

V. 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,**

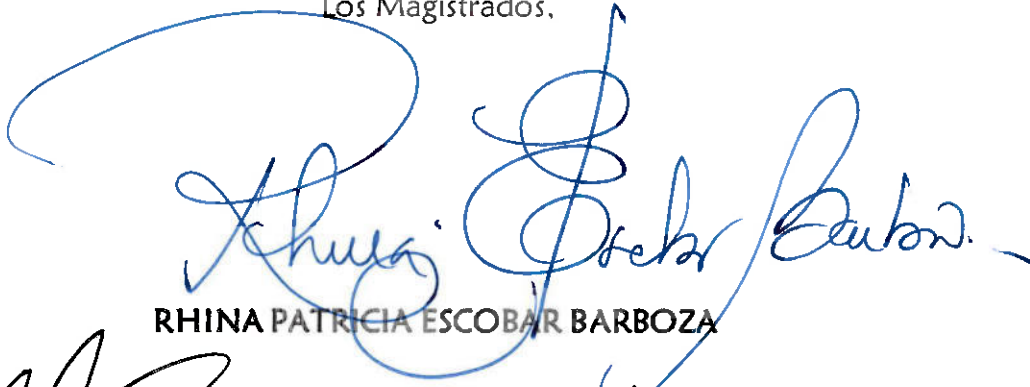
RESUELVE

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia.

SEGUNDO. - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

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,


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID AJ CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de ~~\$600,000~~ a cargo de la parte demandada.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

Magistrada Sustanciadora: Rhina Patricia Escobar Barboza

Bogotá, D.C., dos (02) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Discutido y Aprobado según Acta No 006

I. ASUNTO

Se estudia en GRADO JURISDICCIONAL DEL CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de febrero de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que ARNULFO RENTERÍA promoviese contra UGPP.

II. ANTECEDENTES

1. Hechos

En lo que aquí concierne, con la demanda se solicita el reajuste de su pensión, entendido bajo el entendimiento, de no descontar aquellos valores que fueron ordenados mediante Resolución RDP 012055 del 26 de marzo de 2015, la cual fue dictada por la demandada, en cumplimiento a lo dispuesto en providencia del 7 de noviembre 2012 proferida por la Unidad Delegada de Fiscalía ante el Tribunal Superior de Bogotá.

Agregó además, el pedimento relativo al retorno de las sumas que les fueron descontadas en razón del prementado acto administrativo.

Se edifica el documento introductor y de forma principal, en que al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación por la extinta Puertos de Colombia ordenándose el pago de un retroactivo así como un reajuste, éste último dejado sin efectos por la Fiscalía General de la Nación.

2. Actuación Procesal.

Notificada la convocada, contestó en los siguientes términos.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, presentando las excepciones que consideraba tener a su favor (incluyendo prescripción), se expuso de

forma principal que, atendiendo la orden impartida por la Fiscalía General de la Nación, se adoptó el acto administrativo que el demandante pretende dejar sin efectos.

Por lo anterior, solicita su absolución puesto que al dejarse sin efectos aquella Resolución que en un primer momento había dispuesto reajustar el valor de su mesada.

3. Providencia recurrida

La A quo dictó sentencia absolutoria.

En síntesis, luego de hacer un recuento sobre demanda y contestación, recapitula el problema jurídico entendido como el determinar, si al demandante debe serle reajustada su mesada pensional en el monto establecido en la Resolución 1815 de 1996, sin efectuar los descuentos ordenados en el acto administrativo 012055 de 2015.

Para ello, acude la documental obrante en el plenario y constata que al demandante le fue reconocida una pensión de jubilación mediante Resolución 32547 de 1987(f. para ser efectiva en el año 1992, el día 19 de abril (Resolución 08228) (f. 248 reverso). Este reconocimiento lo realizó la entidad extinta PUERTOS DE COLOMBIA.

Agregó que en un proceso anterior, el demandante mediante sentencia judicial le fue reajustada su mesada pensional con fundamento en la Ley 71 de 1998 y se dispuso el pago de unas diferencias de mesadas pensionales –f. 253-. Luego recuenta que, en el año 1996, la Dirección General del Fondo Pasivo de la empresa Puertos de Colombia aumento la pensión a \$773.611.49. fl. 258

Sigue su dicho la primera instancia, indicando que el expediente daba cuenta de la Resolución RDP 012055 de marzo 26 de 2015, mediante la cual la UGPP atendiendo aquella decisión comunicada por la Fiscalía General de la Nación en el sentido de suspender los efectos de aquella Resolución del año 1996 – 2815- en lo que concernía al demandante. Preciso entonces que, en tal acto administrativo quedó establecido que el valor a cancelarle por concepto de pensión al demandante sería aquél narrado en la Resolución 007598 de 1992.

Por ello, acude a la documental donde se plasma la resolución de acusación contra un funcionario de la extinta PUERTOS DE COLOMBIA –Manuel Heriberto Zabaleta Rodríguez-, siendo uno de los actos administrativos por los que se le acusaba de peculado por apropiación, aquella resolución que había reajustado la pensión del demandante.

Analiza entonces, la revisión de la decisión de la Fiscalía General de la Nación, y expone que efectivamente al demandante le fue reajustada su pensión como quiera aquella fue establecida por encima de los topes legales. Discurre entonces sobre el tema de la extinta FONCOLPUERTOS y concluye que era obligación de la UGPP acatar lo dispuesto en los actos administrativos que le fueron comunicados.

Con lo anterior, opta por absolver a la demandada.

4. Actuación Procesal en Segunda Instancia:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 10 de septiembre de 2020, se admitió 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, el cual fue utilizado por el apoderado de la UGPP.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que conforme lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

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:

¿Es posible “reajustar” la pensión del accionante teniendo en cuenta para ello lo planteado en un acto administrativo que fue dejado sin efectos por la Fiscalía General de la Nación?

Tesis

Confirmar la decisión de primer grado.

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

Obligatoriedad de acatar decisiones judiciales por parte de las entidades estatales.

No fue objeto de controversia el estatus de pensionado del demandante, sin embargo, el mismo se corrobora con la documental allegada al proceso y visible a folios 243 a 265, contentivos de un número significativo de resoluciones expedidas por la extinta Puertos de Colombia así como la Unidad convocada a juicio. De ellas, se extracta que: (i) el señor ARNULFO RENTERÍA fue pensionado inicialmente en el año 1992, (ii) prestación que le fuere reajustada en el año 1996 y (iii) mediante acto administrativo del año 2015 de la UGPP, se restableció aquél monto fijado en el año 1992.

Y es ésta última resolución, que por demás se identifica como la RDP 012055 de 2015, aquella mediante la cual la hoy convocada en juicio, ejecuta la decisión que

adoptase la Fiscalía General de la Nación relativa a la suspensión de la resolución que en el año 1996, le reajustó la pensión al demandante.

Sobre este particular, bastaba con que la primera instancia verificara la existencia de un hecho acontecido luego de la expedición de la prementada resolución que le permitiese modificar una orden judicial. En efecto, sin total competencia, se adentró la *a quo* a determinar la pertinencia de las decisiones que se adoptaron en el trámite de un proceso penal; lo que claramente desbordaba aquellas funciones que le han sido deferidas por la ley.

Ante ello, si como dan cuenta los folios 87 a 237¹, la Fiscalía General de la Nación que es el órgano encargado en la estructura del estado de investigar delitos, dentro del marco de las competencias que la ley le había extendido al momento de la investigación de los hechos que se le imputaban al señor MANUEL HERIBERTO ZABALETA RODRÍGUEZ, conviene en que era pertinente ordenar la suspensión de unos actos administrativos suscritos por éste último; pues mal se procedía, si no se atendía aquella decisión.

En ese orden de ideas, lo único a valorarse de la primera instancia, es aquél dicho donde se expresa la imposibilidad de la UGPP de proceder en vía contraria a aquello que es le es comunicado por un órgano de investigación. En efecto, la decisión de reajustar la mesada del demandante, no tiene como soporte algún tipo de actuación interna en la UGPP sino por el contrario, la aplicación de una decisión de tipo penal y que de forma incorrecta se llama por la primera instancia como “sentencia”.

Siendo así las cosas, para cuestionar una orden judicial de carácter penal – recordemos que la Fiscalía General de la Nación pertenece a la Rama Judicial- era indispensable demostrar que en efecto, esa disposición ya no se encontraba vigente, lo que aparece huérfano de prueba en el plenario.

Corolario de lo anterior, la sentencia se CONFIRMARÁ en su integridad, pero por las razones expuestas por ésta corporación.

IV. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto por el artículo 365 del CGP no se condenará en costas en esta instancia.

¹ Si bien en esta documental la Resolución suspendida data de 1998, lo cierto es que se entiende es un error de transcripción, cuando demandante y demandada, confiesan que por vía de la Resolución 2815 de 1996 se ordenó el reajuste de la pensión del demandante.

Código Único de Identificación: 11001010501420100695 -01

Demandante: **ARNULFO RENTERÍA**

Demandado: **UGPP**

V. DECISIÓN

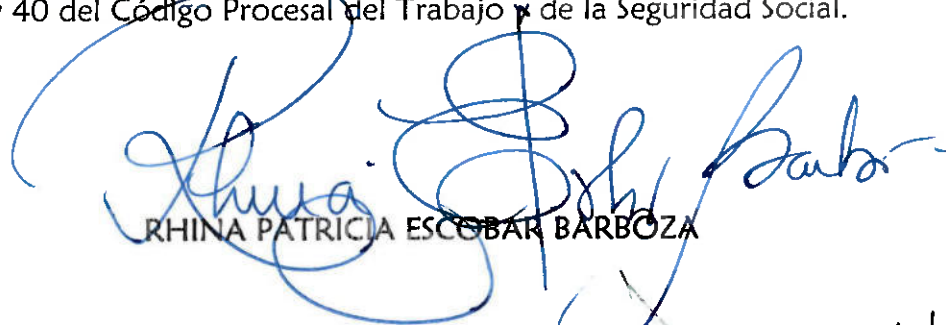
En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

RESUELVE

PRIMERO. – **CONFIRMAR** la sentencia consultada, pero por las razones expuestas en el cuerpo de esta determinación.

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.


RHINA PATRICIA ESCOBAR BARBOZA


MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


DAVID A.J. CORREA STEER