



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR PABLO EMILIO CHIPATECUA RODRÍGUEZ contra
BECTON DICKINSON DE COLOMBIA LTDA.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 002 2017 00146 01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, resuelve el recurso de apelación presentado por la apoderada del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 6 de agosto de 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó se condene a la sociedad demandada al pago de la indemnización por despido injusto, la reliquidación de las prestaciones sociales y demás conceptos laborales teniendo en cuenta el aumento salarial que debió efectuarse para el año 2015 entre el 4 y 5% y no del 1.5% que hizo el empleador; el pago del bono del año 2014 que reciben quienes están dentro del grupo de ejecutivos de la Compañía.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculado laboralmente con la sociedad demandada desde el 8 de noviembre de 1988, como Gerente de Soporte Técnico con un salario integral de diez millones de pesos; informó que mediante Resolución N° 27308 del 16 de enero de 2012 le fue reconocida pensión de vejez, cuya primera mesada fue girada en el mes de septiembre de 2012, hecho que

dice haber puesto en conocimiento de su empleador, quien le consultó sobre su voluntad de seguir laborando a lo cual accedió; no obstante el 19 de diciembre de 2014 le informó la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo a partir del 14 de enero de 2015 con el argumento de estar percibiendo pensión de vejez, sostuvo que para el año 2015 no se le hizo el aumento “que para la fecha estaba entre 4 al 5%, sino solamente el 1.5%”; igualmente informó que el bono de quince millones de pesos que la empresa entrega a todos los ejecutivos no le fue pagado en el año 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada al dar contestación, mediante escrito que obra a folios 91 a 102, aceptó la existencia del vínculo laboral entre las partes por el tiempo señalado en la demanda; informó tener conocimiento que desde el año 2009 el trabajador estaba tramitando el reconocimiento de su pensión de vejez, pero solamente fue hasta el 6 de noviembre de 2014, cuando el actor informó que se había notificado de la Resolución GNR 373836 del 21 de octubre de 2014 que ordenó la reliquidación de su pensión, por ello al verificar que se encontraba incluido en nómina de pensionados se invocó esa justa causa para la terminación del contrato; respecto del aumento salarial manifestó que siempre se le hizo por encima de la inflación y conforme a criterios de desempeño y en el último año solo laboró 14 días por lo cual tuvo un ajuste del 1.5%. Dijo no ser cierto que se le adeude el bono ejecutivo que reconoce la empresa al haberle cancelado el que correspondió al año 2014 en la suma de \$15'247.236 sin que para el año 2015 al haber laborado solo 14 días se haya causado. Propuso las excepciones de terminación del contrato de trabajo conforme a derecho, inexigibilidad de indemnización por despido, legalidad de los incrementos salariales e improcedencia del reajuste solicitado, pago y cobro de lo no debido, falta de prueba de los supuestos de hecho que soportan las pretensiones, prescripción y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, Resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada BECTON DICKINSON DE COLOMBIA BD representada legalmente por la señora Martha Lurdes López Jiménez de todas las pretensiones incoadas en su contra por el demandante PABLO EMILIO CHIPATECUA RODRÍGUEZ identificado con cedula de ciudadanía 19.073.713 por las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS la excepción de PAGO Y COBRO DE LO NO DEBIDO, propuesta por la parte demandada.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante dentro de las que deberán incluirse por concepto agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal vigente.

CUARTO: FIJAR como honorarios a la perito Mireya Gaona Soto, la suma de \$526.682, que corresponde al equivalente a 6 SMLV diarios, a cargo de la parte demandada, quien deberá acreditar el pago posterior a dictar la presente sentencia, es decir dentro de los dos días siguientes de la fecha de la presente diligencia.”

Como sustento de su decisión consideró la Juez que de acuerdo con lo previsto en el artículo 167 de CGP, incumbe a las partes probar el supuesto de echo que las normas consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de igual forma el artículo 164 ibidem que señala que toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas que regular y oportunamente allegadas al proceso, y el artículo 60 del CPTSS, dispone que el juez al proferir su decisión debe basarse en todas las pruebas recaudadas; y ya que dentro del presente asunto, al revisar el material probatorio, ninguna de las documentales informa sobre el cumplimiento de los objetivos internos de la empresa para la que trabajó el actor, y tampoco hay prueba de que el mismo, hubiera alcanzado las metas corporativas, requisitos que el mismo demandante en su interrogatorio de parte confesó debían cumplirse para obtener el bono que reclama en sus pretensiones, no es posible reconocer ese pago, ya que mientras la demanda carece de pruebas para sustentar los hechos que se afirman, la demandada por su parte, allegó al expediente, la prueba realizada al demandante en el año 2014 (fls 126 a 127) donde se le asignó un puntaje de 2 como calificación de desempeño, lo cual de conformidad con lo afirmado por la testigo Mónica Alejandra Plaza Rendón, no era suficiente para el reconocimiento del referido bono e independientemente de si se le notificó tal decisión, lo cierto es que procesalmente debió demostrar el cumplimiento de los requisitos para obtener dicho reconocimiento, por lo que concluyó que existió incumplimiento por la parte actora de la carga procesal. En cuanto

a el incremento salarial y a la liquidación de prestaciones sociales que se pretenden, consideró el Despacho que no le asiste razón al demandante, ya que el incremento salarial es aplicado por el Gobierno Nacional año tras año, solo a las personas que devengan un salario mínimo legal vigente y no para salarios superiores como en el presente asunto, ya que el demandante ganaba para el 2014, la suma de \$10.168.080. En lo referente a la indemnización por despido sin justa causa, consideró la Juez que la demandada obró de conformidad al artículo 62 del CST inciso 14, puesto que el actor se encontraba pensionado desde el año 2012, sin embargo la empresa no tuvo conocimiento de ese hecho sino hasta el 2014, cuando se enteró que mediante Resolución GNR 373736 del 2014 en la cual se reliquidó la pensión de vejez al actor que éste ya la devengaba; sobre el requisito de inmediatez cuando el despido ocurre por reconocimiento de la pensión de vejez, indicó que no es aplicable al presente asunto ya que se trata de una causal objetiva desligada de la conducta del empleado y al ser un hecho ajeno al comportamiento contractual del trabajador, por lo cual el despido en el presente asunto se dio con justa causa y no se accedió a dicha condena.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

La apoderada del demandante recurrió la sentencia para solicitar se revoque y se acceda a las pretensiones de la demanda para lo cual manifestó: *“El Juzgado de conocimiento le dio plena credibilidad a un documento de calificación de desempeño, aportado por la parte demandada sin firmas, cuando la misma testigo Mónica informó que tal documento genera una firma electrónica, ya que por su calificación de 2 no obtuvo el bono que solicitaba y no tuvo la oportunidad de controvertir dicha calificación, aun siendo un empleado con 26 años de antigüedad y tal como lo dijo la testigo, ascendido dentro de la empresa demandada poco a poco por sus méritos laborales; Asimismo en cuanto al incremento la misma demandada reconoce la existencia de un incremento del IPC para el 2014 a favor del demandante correspondiente del 3.66%, el cual no fue aplicado si no el equivalente al 1.5%; por otra la demandada en ningún momento acredita, aun teniendo en su poder la hoja de vida del actor, las documentales que se afirmó por parte del demandante son de su conocimiento.”*

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia-, la Sala estudiará las inconformidades de la parte demandante recurrente, en cuanto a la absolución de todas las pretensiones que dispuso el a quo en su sentencia.

En el presente asunto, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes, toda vez que el mismo fue aceptado por la sociedad enjuiciada desde la contestación de la demanda al aceptar que estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 8 de noviembre de 1998 y el 14 de enero de 2015, el último cargo desempeñado fue el de Gerente de Soporte Técnico, con un ingreso mensual de \$10.168.080.

Frente al primer aspecto relacionado con la indemnización por despido injusto pretendida, se tiene que en la contestación de la demanda se aceptó que la terminación del contrato de trabajo del actor obedeció a decisión unilateral del empleador al tener conocimiento que al trabajador le fue reconocida pensión de vejez, así como de su inclusión en nómina de pensionados.

Es claro que el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo y el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 facultan al empleador para terminar el contrato de trabajo con justa causa cuando al trabajador se le reconoce una pensión estando al servicio de la empresa; al respecto en la sentencia C-1073-2003, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la última de las normas citadas, para señalar como requisito para que opere dicha causal de terminación del vínculo laboral se requiere la inclusión en nómina de pensionados, de tal forma que se garantice la continuidad entre el retiro y el disfrute de la pensión.

En el presente asunto, se encuentra acreditada la terminación del contrato de trabajo del actor comunicada a éste por la demandada el 19 de diciembre de 2014 (fl. 40), en la que se indicada como causal para esa

decisión el reconocimiento de la pensión de vejez y se le indica que el contrato finaliza a partir del 14 de enero de 2015; así mismo se establece que mediante la Resolución 27308 del 16 de agosto de 2012 le fue reconocida pensión de vejez al actor y se le indica que el ingreso a nómina de pensionados se realizaría a partir del mes de septiembre de 2012 (fls. 28-33), reconocimiento que se hizo en cuantía inicial de \$5'047.760; el actor presentó solicitud de reliquidación de la mesada pensional la cual fue concedida por Colpensiones mediante Resolución GNR 373736 del 21 de octubre de 2014 con inclusión en nómina del mes de noviembre de 2014 (fl. 121)

Acorde con lo anterior, es evidente que para la fecha de la terminación del contrato el actor, ya se encontraba gozando de una pensión de vejez, sin que se haya presentado solución de continuidad entre la desvinculación y la percepción de la prestación, por lo tanto, no era necesaria la aplicación del procedimiento previsto en el Decreto 2245 de 2012.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia SL2509-2017, ha indicado que la mencionada causal de terminación del contrato con justa causa puede utilizarse por el empleador cuando al trabajador le es notificado el reconocimiento de una pensión de vejez y es incluido en nómina de pensionados.

Ahora bien, como en este caso se acreditó con las pruebas tanto documentales que orales, que la empresa demandada tuvo conocimiento de la calidad de pensionando del actor hasta el mes de octubre de 2014 en que se produjo la reliquidación de la pensión que le fue reconocida, sin que por ello pueda ser invocado por la parte demandante el quebranto del requisito de immediatez; aunado a que la facultad de despedir a un trabajador con sustento en el reconocimiento de su pensión de jubilación, puede invocarse en el momento en que se conoce el hecho o aun posteriormente, sin que por ello se pueda entender que el empleador pierde esa potestad de invocar la condición de pensionado del trabajador para dar por terminado su contrato de trabajo.

Como consecuencia de lo indicado, la conclusión a la que se arribó en la sentencia de primera instancia al absolver de la indemnización por despido con fundamento en la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo ante el reconocimiento pensional del actor es acertada por lo cual será confirmada.

Con relación al incremento salarial que reclama el actor para el año 2015, en un porcentaje igual al fijado por el Gobierno Nacional, se debe partir del hecho plenamente probado en el juicio respecto del salario devengado para el año 2015 en la suma de \$10'168.080.

En vista de lo anterior, no es el Juez Laboral, mediante el trámite de un proceso ordinario, el llamado a estabilizar el desequilibrio que se presenta cuando no se incrementa el salario de un trabajador que devenga una suma superior al mínimo legal y no le es aplicado para su aumento el porcentaje determinado por el Gobierno para el salario mínimo en la respectiva anualidad, toda vez que no existe norma legal que así lo determine, se reitera excepto si se trata del salario mínimo legal.

En efecto, la Constitución Política en su artículo 53, en relación con la remuneración mínima vital y móvil, trasladó a la Ley la regulación de este aspecto, es por ello que para el caso de los trabajadores que devengan salarios muy superiores al mínimo el aumento salarial está supeditado a la concertación entre empleador y trabajador, con los mecanismos existentes para ello, sin que pueda intervenir el juez laboral porque no se trata de un conflicto de orden jurídico, de los que prevé el artículo 1° de la Ley 362 de 1997 que modificó el artículo 2° del Código Procesal del Trabajo, sino uno de carácter económico excluido expresamente del conocimiento de esta Jurisdicción.

Situación diferente sería si existiera una disposición convencional o un laudo mediante el cual la empresa estuviera obligada a aumentar el salario de los trabajadores cada año con fundamento en el IPC; o que en tratándose de un salario mínimo devengado por un trabajador el empleador se negará a aumentarlo en la proporción fijada por la comisión permanente de concertación de políticas salariales y laborales (Ley

278/96, arts. 1°, 2° lit d) o por el Gobierno Nacional; en este último caso en el aumento del salario mínimo que se hace el 30 de diciembre de cada año no sólo prima como factor a tener en cuenta el IPC, sino otros tales como *“la meta de inflación del siguiente año fijada por la junta del Banco de la República y la productividad acordada por el comité tripartito de productividad que coordina el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social; además, la contribución de los salarios al ingreso nacional, el incremento del producto interno bruto, PIB...”*, tal como lo establece el parágrafo del artículo 8° de la Ley 278 de 1996.

Por lo considerado se confirmará la sentencia recurrida en cuanto dispuso la absolución del pretendido incremento salarial con base en el porcentaje fijado por el Gobierno Nacional.

Finalmente, en cuanto hace a la pretensión del referido Bono Ejecutivo, se debe precisar por la Sala que se reclama para el año 2014, como claramente se observa en la pretensión contenida en el numeral 3° de ese capítulo de la demanda (fl. 4), beneficio que fue reconocido al actor para ese año por la demandada en cuantía de \$15'247.236, como se acredita con el comprobante de pago que obra a folio 125 del expediente.

Precisado lo anterior y como en el curso del debate probatorio se discutió lo referente al pago de dicho bono para el año 2015, se debe tener en cuenta en primer lugar que el actor en ese año laboró solamente catorce (14) días, siendo ese este el fundamento de la demandada para manifestar que no se causó el referido pago, no obstante, se acredita con la liquidación final que ese pago se hizo por un monto de \$1'186.276 (fl. 109).

Al respecto fue citada a declarar por la parte demandada Mónica Alejandra Plaza Rendón, quien dijo haberse desempeñado como Jefe de Recursos Humanos para los últimos años en que laboró el demandante. Declaró sobre los criterios y requisitos para acceder a ese beneficio del bono ejecutivo, al manifestar: *“La bonificación PIP era un programa global de la Compañía, los requisitos mínimos para ser acreedor de dicho beneficio era una calificación de desempeño mínima de 3 y los resultados del negocio*

durante el año fiscal de octubre a septiembre, así como también los objetivos individuales del trabajador. (...)consiste en un proceso que se realiza en línea en el cual el empleado define en conjunto con su jefe los objetivos que se van a medir durante el año fiscal, revisión que se realiza a mitad y a final del año fiscal, en el documento el empleado se auto evalúa y pone que objetivos cumplió de los que se plantearon al inicio del año y cómo los cumplió considerando los valores de la compañía, una vez realizado lo anterior se reúne con el gerente directo para realizar una evaluación, quien reúne información con los subordinados del trabajador, en cuanto el gerente recopila la información se reúne con el empleado lo que se denomina como “difusión de desempeño” y procede a evaluar al trabajador de 1 a 5 donde 1 indica que no cumplió las expectativas, 2 es que cumplió algunas expectativas, 3 es que alcanzó las expectativas y 4 y 5 es que las excedió; después de emitir calificación la misma es enviada al empleado para que reciba la calificación e incluya comentarios acerca de la retroalimentación que se tuvo, si el empleado no acepta la calificación, aun así la compañía deja de presente que se tuvo la conversación con dicho empleado y la calificación es transferida a otro proceso “denominado compensación anual” que es donde se otorgan los incrementos salariales.”

Afirmó que, el demandante tuvo una calificación de 2 en el año 2014, lo cual incide para el reconocimiento del bono para el año siguiente 2015; y que en su caso se realiza un incremento mínimo al cual la empresa no está obligada, ya que a partir de la calificación 3 se permite tener un incremento real, y a mayor cantidad de desempeño mayor es el incremento. Afirmó que el demandante se encontraba en un “plan de acción específico para mejorar el desarrollo individual” para 2014 el cual consiste en que cuando un empleado tiene un desempeño el cual no es el esperado, se establecen unos objetivos; dicho plan se lleva a cabo en conjunto con recursos humanos, se identifican los objetivos que se van a cumplir y en qué tiempo, y se da seguimiento al mismo, este plan es una antesala a que un empleado sea desvinculado de la empresa como última oportunidad, en caso de no mejorar el desempeño el empleado es desvinculado.

Por las circunstancias referidas y como consecuencia de lo probado en el litigio, resulta evidente que el actor no podía aspirar a devengar el referido bono ejecutivo en una suma equivalente a la de años anteriores, por lo cual es evidente que procede la absolución que sobre este aspecto dedujo el Juzgado en su sentencia.

Por lo indicado, se confirmará en su integridad la sentencia recurrida.

SIN COSTAS en esta instancia.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 6 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso en las motivaciones.

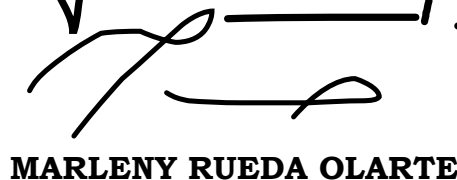
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

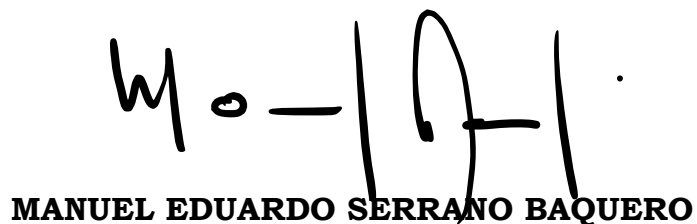
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALEJANDRO RODRIGUEZ PEÑA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A..

RADICADO: 11001 3105 003 2019 00247 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el Juez primigenio tomo la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que las AFP Colfondos S.A., Porvenir S.A., y Protección S.A., no demostraron que la asesoría brindada al demandante fuera de forma completa, clara y transparente, resaltó que se desconoce la jurisprudencia de la Corte Constitucional que se ha referido a la carga de la prueba la cual concluyó la importancia de analizar

la escolaridad y conocimientos de un afiliado al momento en que se realizó el traslado entre regímenes.

A su vez PORVENIR S.A., sostuvo que solicita se revoque en su integridad la sentencia, al sostener que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la entidad sea eficaz.

La apoderada del demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que los fondos de pensiones no lograron acreditar de manera fehaciente el deber de información exigido para efectos del traslado del régimen pensional, deber probatorio que se encuentra a cargo de dichas entidades.

el material probatorio recaudado en el juicio es suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., en razón a que existió dolo por reticencia. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculado en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 19 de noviembre de 1998, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente se presentó cuando se cambió al Fondo de Pensiones Porvenir S.A., y Protección S.A.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 13, 48, 53, 78 de la Constitución Política, los artículos 13 y 36 de la Ley 100 de 1993, artículo 34 de Ley 797 de 2003, los artículos 1508, 1515, 1604, 1741; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación como aparece de folios 155 a 179, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la entidad brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en la que se asesoró acerca de las características de dicho régimen, ventajas y desventajas de estar en uno y otro régimen. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y genérica.

PROTECCIÓN S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 208 a 214, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que la afiliación es plenamente válida y eficaz y produjo efectos jurídicos ya existió la manifestación de voluntad. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, inexistencia de vicio de consentimiento por error de derecho, prescripción y genérica.

COLPENSIONES, contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 240 a 258, en el que señaló que no resulta procedente que se declare la ineficacia del traslado efectuado por el actor al RAIS en razón a que en la documental allegada no obra prueba alguna de la existencia de algún vicio en el consentimiento que invalide la decisión libre y voluntaria. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, y genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación como aparece de folios 271 a 289, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la

demanda con fundamento en que dicha afiliación realizada por parte del actor fue una decisión libre, voluntaria e informada, conforme se desprende en la solicitud de afiliación. Propuso como excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2020, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del Demandante ALEJANDRO RADRIGUEZ PEÑA del régimen de prima media con prestación definida, administrando por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIAL, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrando por COLFONDOS S.A., realizado el 19 de Noviembre de 1998, con efectividad a partir 1 de enero de 1999, así como los traslados horizontales posteriores realizados entre fondos, de ING a PROTECCIÓN, de ING a PORVENIR S.A., para entender vinculado al Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la administradora colombiana de pensiones-COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado del demandante ALEJANDRO RODRIGUEZ PEÑA por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento alguno, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin descuento alguno, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana Pensiones-COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A., para que proceda activar la afiliación del Demandante ALEJANDRO RODRIGUEZ PEÑA, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las Demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR, PROTECCIÓN y COLFONDOS, las que se tasan en la suma de SEISCIENTOS MIL (\$600.000) PESOS MCTE, a cargo de cada una.

SEXTO: en caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalados en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T Y SS.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la carga dinámica de la prueba está a cargo de los fondos pensionales, ya que estos tienen la obligación de demostrar que brindaron una información veraz, clara y oportuna sobre las ventajas y desventajas de estar en uno y otro régimen, sin que el formulario de afiliación demuestre que se brindó dicha información, por lo que en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación con fundamento en que no se comparte la condena en el sentido de los gastos de administración dentro del proceso, ya que no se logra probar bajo ninguna circunstancia que existieron elementos de fuerza y dolo por parte de las AFP, en consecuencia solicita se revoque la sentencia proferida por el fallador de primera instancia.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su integridad del fallo de primera instancia, manifestó que no se hizo alusión al principio de sostenibilidad financiera pues no se aplicaron para el caso en concreto, sin que se comparte la tesis de la carga dinámica de la prueba.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412

y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio***

suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 187 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 19 de noviembre de 1998.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1999 recibió en su lugar de trabajo a unos asesores de Colfondos quienes le informaron que se podía pensionar de manera anticipada y con mejor pensión que en el Seguro Social, que también se le podrían devolver los aportes efectuados, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar, sostuvo que no leyó el formulario y solo lo firmó; posteriormente se traslado a Porvenir de manera automática.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias sl 17595-2017 Y sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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 ésta 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.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR SONIA SUAREZ OVIEDO
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 003 2019 00476 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que el Juez de primera instancia tomo la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la AFP Porvenir S.A., no demostró la asesoría brindada a la demandante frente a las características del RAIS fuera completa, clara y transparente, desconociendo de esta manera la jurisprudencia de la Corte Constitucional la cual ha manifestado la importancia de analizar la escolaridad y conocimientos del afiliados dentro del Sistema General de

Pensiones al momento en que decidió el traslado entre regímenes, previo a invertir la carga de la prueba teniendo en cuenta las particularidades de cada caso en concreto.

Aunado a ello, resaltó que de acuerdo al interrogatorio de parte rendido se evidenció que se le brindó información sobre las características del RAIS, por cuanto se le informó sobre la posibilidad de causar un derecho pensional con una edad inferior a la exigida; así como también podía heredarle su pensión a sus beneficiarios. Circunstancias que acreditan que la información fue suficientemente clara y por lo tanto con base en ella tomó la decisión de afiliarse al RAIS; y por ultimo se refirió al principio de sostenibilidad financiera para manifestar que resulta vulnerado con dicha orden.

A su vez PORVENIR S.A., sostuvo que no le asiste razón al fallador primigenio, ya que no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la entidad sea eficaz.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que la demandante tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el día 7 de mayo de 1997, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones, concluyendo de esta manera que existe suficiente material probatorio para acceder a las pretensiones de la demanda..

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 7 de mayo de 1997, en razón a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz,

completa y oportuna acerca de las desventajas y desventajas respecto de uno y otro régimen y en especial sobre la situación concreta de la afiliada. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 7 de mayo de 1997, sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información clara, completa y oportuna.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 720; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 54814 de 2018, 47125 de 2018, 1452 de 2019 y 68838 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 48 a 66, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda señalando de esta manera que en virtud de las pruebas arrojadas al proceso se evidencia que la accionante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A., Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, inexistencia de la obligación de afiliación, buena fe, prescripción y la genérica.

PROVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 97 a 123, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que la afiliación realizada por la demandante con la entidad en el año 1997 gozó de plena validez y eficacia, siendo producto de una decisión informada,

libre de presiones o engaños. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de octubre de 2020, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la demandante SONIA SUAREZ OVIEDO del régimen de prima medio con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., realizado el 7 de mayo de 1997, con efectividad a partir del 1 de julio de la misma anualidad, para entender vinculada a al Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONCEDER a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a la administradora colombiana de pensiones-COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la Demandante SONIA SUAREZ OVIEDO por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, en el evento de haberlas realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, sin documentos alguno, conforme la parte motiva de esta providencia TERCERO:ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúe PORVENIR S.A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante SONIA SUAREZ OVIEDO, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral del demandante en las semanas de tiempo cotizados CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción propuesta por las Demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva QUINTO:CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la AFP PORVENIR , las que se tasan en la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL (1.500.000) PESOS MCTE SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T Y SS.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que la carga dinámica de la prueba está a cargo de los fondos pensionales, ya que estos tienen la

obligación de demostrar que brindaron una información veraz, clara y oportuna sobre las ventajas y desventajas de estar en uno y otro régimen, sin que el formulario de afiliación demuestre que se brindó dicha información, por lo que en el presente caso hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida para solicitar que se revoque la misma, por cuanto argumentó que el traslado efectuado en el año 1997, por la demandante se realizó de manera voluntaria en la cual se brindó una información oportuna, completa. Resaltó que la demandante no fue beneficiaria del régimen de transición y nunca realizó ningún tipo de trámite para retornar al régimen de prima media siendo su intención pertenecer al régimen de ahorro individual, aunado a ello manifestó que el formulario de afiliación ha estado regido por la ley y la Superintendencia Financiera, así como también el deber que le asiste a la afiliada de capacitarse el cual no cumplió siendo de esta manera negligente con dicho deber.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES pidió la absolución de su representada de todas las órdenes impuestas en la sentencia, fundamentó su inconformidad en que la afiliación realizada por la demandante fue completamente libre y voluntaria, en la cual se puede verificar en el interrogatorio de parte que rindió la demandante información sobre las características del Régimen de Ahorro con Solidaridad, así mismo se evidencia negligencia por parte de la actora al no cumplir sus obligaciones contractuales, por otro lado argumentó que se debe salvaguardar el principio de sostenibilidad financiera.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso

11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la

*prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los medios arrimados al plenario se encuentra visible a folio 125 formulario de afiliación a PROVENIR S.A., del 7 de mayo de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en mayo de 1997, recibió en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir quien le informó que se podía pensionar de manera anticipada y con mejor pensión que en el Seguro Social, que también se le podrían devolver los aportes efectuados, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social iba a desaparecer y que por ello esa entidad no la podría pensionar, lo que dice le generó pánico y por eso suscribió el formato de afiliación para lo cual solo lo firmó.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA PATRICIA DE LA TORRE MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 009 2019 00090 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandada Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de septiembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., sostuvo que no se encontró probado un vicio del consentimiento que afectara la afiliación de la actora, puesto que le fue brindada la información necesaria y requerida al momento de su afiliación, en consecuencia, conocía las condiciones del sistema de ahorro individual. Sobre la carga de la prueba manifestó que no puede entenderse como una exigencia de obligaciones legales que no estaban vigentes al momento del traslado. Asimismo, señaló que la demandante contaba con el derecho de retracto, no obstante, decidió permanecer en el RAIS.

A su vez, COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no es procedente ordenar el traslado de la demandante por no evidenciarse la existencia de vicios del consentimiento o dolo que hubieran influido su decisión. Además, indicó que la actora no era beneficiaria del régimen de transición para proceder a tramitar su regreso en cualquier tiempo conforme con los criterios expuestos en la sentencia SU- 130 de 2013, por lo tanto, esta válidamente afiliada al régimen de ahorro individual. arguyó que la manifestación de inconformidad en cuanto al monto de la pensión por sí sola no se constituye en prueba de que el cambio de régimen haya sido motivado por un engaño o por falta de información. Por último, señaló que la señora María Patricia de la Torre se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, por lo que es imposible realizar su afiliación al RPM.

El apoderado de la DEMANDANTE solicitó la confirmación de la decisión recurrida por Colpensiones, al considerar que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, no dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información completa, suficiente, y comprensible sobre las consecuencias y contingencias que implicaba su traslado de régimen, así como de las ventajas y desventajas de estos para que su representada pudiera adoptar una decisión consciente. Indicó que de la firma del formulario de afiliación no se puede deducir que existió manifestación libre y voluntaria de parte de la afiliada, y su traslado afectó sus derechos prestacionales, argumento que resulta suficiente para acceder a las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretende se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación, vinculación o traslado que realizó al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., mediante formulario fechado el día 13 de septiembre de 1999, en razón a que en la etapa precontractual el fondo omitió brindarle información veraz, completa, suficiente, comprensible y

oportuna al momento de realizar la afiliación y/o traslado, el cual generó un grave error de hecho que vicio su consentimiento. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 16 de agosto de 1962, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde el 16 de febrero de 1981 hasta el 01 de noviembre de 1999, fecha en que se efectuó su traslado a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2 ,48, y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502, 1508,1510,1511,1740,1741, y 1746 del Código Civil, el Decreto 656 de 1994, y la circular 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 33083 de 2011, 47125 de 2017,46292 de 2017 y 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 119 a 132, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la causal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por lo tanto, no puede retornar al RPM, encontrándose válidamente afiliada al RAIS. Por otro lado, señaló que el traslado efectuado por la demandante se efectuó de forma libre y voluntaria, puesto que no resulta evidente que este acto adolezca de causal de nulidad alguna bajo los supuestos descritos en el artículo 1508 del Código Civil, asimismo indicó que la nulidad que se pretende no fue alegada dentro de los términos establecidos en el artículo 1750 del Código Civil. Aunado a lo anterior, manifestó la entidad que un pronunciamiento favorable impactaría sobre la sostenibilidad financiera del sistema. Propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios

del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, Buena fe, prescripción, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 214 a 228, en el que argumentó su oposición a las pretensiones de la demanda manifestando que la demandante efectuó su traslado en ejercicio de su autonomía de selección libre y voluntaria, asimismo que no es beneficiaria del régimen de transición, y por lo tanto, le son aplicables las disposiciones de la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003, indicó que no resulta adecuado reclamar un engaño por parte del Fondo de pensiones, cuando las condiciones del régimen están previamente establecidas en la ley. Por otra parte, señaló que el deber de asesoría e información al consumidor financiero se estableció con la expedición del Decreto 2555 de 2010, y fue posteriormente reiterado en la Ley 1748 de 2015, es decir, que las AFP con anterioridad a dichas regulaciones no tenían la obligación de elaborar proyecciones dado el alcance que poseían las asesorías. Propuso las excepciones de prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 01 de septiembre de 2020, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen realizado por el demandante MARÍA PATRICIA DE LA TORRE el 13 de septiembre de 1999, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por el entonces instituto de Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo considerado. SEGUNDO. ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren

depositadas en la cuenta de Ahorro Individual de la señora MARIA PATRICIA DE LA TORRE MORENO, sin deducción por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia y se ORDENARÁ a COLPENSIONES activar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados. TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas, por lo considerado. CUARTO. COSTAS a cargo de la parte demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Tásense por secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, según lo expuesto en la parte motiva de este fallo. QUINTO. CONSÚLTESE la presente providencia ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., a fin de que surta el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPTSS.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que el artículo 13, literal b de la Ley 100 de 1993 estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntaria por parte del afiliado, a su vez que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 dispuso que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social integral la afiliación respectiva quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente de manera libre y voluntaria por parte del trabajador. Así mismo, que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, disposición que resulta aplicable a las Administradoras de Fondos de Pensiones desde su creación prescribió el deber de información. Por otro lado, señaló que en reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia entre ellas las sentencias SL 12136 de 2014, y SL 4426 de 2019, que siguieron los derroteros expuestos en las decisiones 1452, 1688 y 1689 de 2019, en las que se recodó que desde su fundación las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria mediante la entrega de 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. Información necesaria que alude a: descripción de características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales. Puntualizando que la transparencia hace referencia al deber de dar a conocer al usuario a través del asesor de servicios, en un lenguaje claro, simple y comprensible

los elementos definitorios y condiciones de los regímenes del sistema, en consecuencia, corresponde al Fondo de Pensiones acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para solicitar sea revocada la sentencia puesto que en el caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues la demandante no poseía una expectativa legítima al momento de efectuar el traslado, como quiera que al momento del traslado a la demandante le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión de vejez, asimismo puntualizó que al no ser beneficiaria del régimen de transición no le son aplicables los postulados de unificación jurisprudencial que permiten su regreso al régimen de prima media en cualquier tiempo. Citó la sentencia No 2016-0008701 del 17 de enero de 2017, proferida por el Tribunal Superior de Pereira, señalando que la simple manifestación de inconformidad en cuanto a la diferencia a recibir como mesada pensional en el RPM o en el RAIS, no constituye por si sola prueba de que cuando la demandante realizó su traslado lo haya hecho motivada por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo. Por lo tanto, no hay lugar a declarar la ineficacia solicitada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar

información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De la documental visible a folio 145, se evidencia formulario de solicitud de vinculación o traslado a PROVENIR S.A., del 13 de septiembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que la demandante cuenta con 58 años de edad, de profesión administradora de empresas, manifestó que realizó su traslado del Instituto de Seguros Sociales a Porvenir en el mes de septiembre del año 1999, asimismo que el asesor del fondo de pensiones no le brindó una asesoría personalizada sino que realizó una presentación general a los empleados de la Compañía en la que laboraba, efectuando así múltiples reuniones con un aforo máximo de 20 personas por oportunidad, reuniones que eran coordinadas en conjunto con el área de recursos humanos de la compañía, las cuales tuvieron una duración máxima de 15 minutos, en las que les explicaron de forma somera los beneficios del régimen de ahorro individual, entre ellos, le manifestaron que podía acceder a su pensión a cualquier edad, y que la pensión que iba obtener con Porvenir iba a ser superior a la que podía ofrecer el seguro social.

Asimismo, sostuvo que le informaron que el Seguro Social estaba atravesando por una crisis y, en consecuencia, se iba a liquidar, por lo que consideró que Porvenir ofrecía mayor estabilidad de obtener una futura pensión. Indicó que terminadas las charlas el asesor de Porvenir se acercó a cada trabajador diligenciando el formato de inscripción, solicitándole algunos datos básicos como fueron: nombre, cédula, dirección y fecha de nacimiento, haciéndola firmar el documento e indicándole que se encargarían de oficializar el traslado. Sostuvo que al momento de efectuar el traslado y aún hoy desconoce las condiciones para obtener la pensión tanto en el régimen de ahorro individual como en el de prima media. Puntualizó que firmó el formulario de manera libre y voluntaria teniendo en cuenta la información que en su momento brindó el asesor de Porvenir.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las

características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 01 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

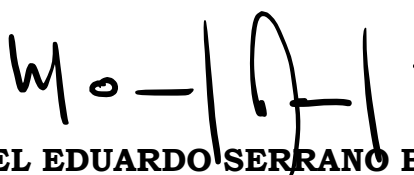
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR LIDA MUSDIE MARTÍNEZ MONTAÑEZ contra S & A
SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 012 2018 00539 -01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de agosto de 2020.

Por otra parte, se advierte que el apoderado de la demandante presentó escrito de alegaciones para solicitar se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda, de acuerdo con los argumentos que expuso para reiterar lo manifestado en su recurso de apelación.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó se declare que existió una relación laboral entre las partes desde el 16 de marzo de 2015 hasta el 30 de junio de 2016 o en subsidio entre el 28 de marzo de 2016 y el 30 de junio de 2016; igualmente se declare que los medios de transporte, alimentación y

comunicación suministrados en un monto de \$1'132.120 corresponden a salario y deben ser tenidos en cuenta para la liquidación de acreencias laborales; pretendió la indemnización y sanción moratoria previstas en el artículo 65 del C.S.T. y 99 de la Ley 50 de 1990.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculada laboralmente con la sociedad demandada durante el lapso comprendido entre el 16 de marzo de 2015 y el 30 de junio de 2016, durante el cual se desempeñó como Profesional Especializado II, relacionó las actividades realizadas y manifestó que como remuneración percibió un básico de \$2'090.000, medio de transporte por \$396.242, medio de alimentación de \$396.242 y medio de comunicación en la suma de \$339.636 para un promedio mensual de \$3'222.120, suma que le era abonada a su cuenta de ahorros, sin que en la liquidación de acreencias laborales le hubieran sido incluidas como salario las sumas referidas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada al dar contestación (fls. 83-94) aceptó la existencia del vínculo laboral entre las partes, con la precisión de haberse presentado mediante dos contratos autónomos e independientes, el primero entre el 16 de marzo de 2015 y el 20 de marzo de 2016, el segundo desde el 28 de marzo de 2016 y el 30 de junio de 2016; se opuso a las pretensiones correspondientes a las condenas por las diferencias de los conceptos laborales reclamados con la manifestación de haberlos cancelado bajo el amparo de lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., para facilitar la prestación del servicio, pero no para enriquecer el patrimonio de la trabajadora por otorgarlos para su desplazamiento, para la comunicación necesaria para programar las visitas que debía realizar y como todo el tiempo estaba en campo se le suministraba la alimentación; por ello correspondieron a auxilios otorgados por voluntad del empleador y no constituyen factor salarial. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 3 de agosto de 2020, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, *Resolvió:*

“PRIMERO: ABSOLVER a SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. de todas y cada una de las súplicas de la demanda incoada por la señora LIDA MUSDIE MARTINEZ MONTAÑEZ, conforme a lo anotado en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación, relevándose el Despacho de cualquier otro tipo de estudio o análisis exceptivo adicional.

TERCERO: SIN CONDENA en costas en este proceso.

CUARTO: En caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.”

Como sustento de su decisión señaló el a quo que de conformidad con las pruebas incorporadas al expediente se acreditó que la vinculación laboral entre las partes estuvo regida por dos contratos de trabajos, la primera desde el 16 de marzo de 2015 hasta el 20 de marzo de 2016 y posteriormente el segundo contrato entre el 28 de marzo de 2016 y el 30 de junio de 2016, sin que hubiera desconocimiento de derecho alguno, en razón a que el salario y los pagos de los conceptos laborales causados fueron debidamente reconocidos por la demandada en cada una de las vinculaciones que existieron y con el salario devengado en cada periodo laborado. No se demostró que en ese interregno de 8 días que existió entre uno y otro contrato no se demostró prestación alguna del servicio para ser tenido como una sola y única vinculación laboral. Sostuvo que en el anexo del último contrato se pactó la exclusión de factor salarial por los conceptos que se reclaman en la demanda con ese carácter. Se refirió al concepto de salario, así como a la jurisprudencia que define esa noción, sin que tengan ese carácter los pagos efectuados a la trabajadora por los conceptos reclamados y sin que por el solo hecho de haber sido pagados en la respectiva nómina puedan adquirir esa connotación salarial, cuando no la tienen.

IV. RECURSO DE APELACION

La parte demandante solicitó revocar la sentencia al manifestar que *“se demostró la vinculación laboral regida por un solo contrato de trabajo vigente entre el 16 de marzo de 2015 y el 30 de junio de 2016, de manera ininterrumpida, que devengaba un salario promedio mensual de \$3’222.120, el cual pretendió hacer valer la demandada como un salario base de \$2’090.000, pero adicional a esa suma devengaba unos medios de transporte, alimentación y comunicación que debían y deben ser tenidos*

como factor salarial, esto de conformidad con el primer contrato en el que no hubo manifestación de su terminación, ni de tener esos conceptos como no constitutivos de salario, pero de conformidad con las certificaciones laborales, los comprobantes de pago y las consignaciones efectuadas, esas sumas eran percibidas por la demandante de manera permanente y periódica y no fueron recibidas para el desarrollo de sus funciones, pues la entidad beneficiaria era la que las suministraba, y por eso estaban destinadas a enriquecer su patrimonio y no para facilitar su labor, esos valores no fueron pagados por mera liberalidad sino como contraprestación de servicios y deben ser considerados para las liquidaciones pretendidas. Incluso cuando se haya estipulado que no constituyen factor salarial existen ciertas cláusulas que son ineficaces y se deben tener por no escritas cuando violan derecho ciertos e indiscutibles en materia laboral”; leyó jurisprudencia al respecto, sobre la que hizo comentarios.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia–, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandante recurrente, en cuanto a que el vínculo laboral que existió entre las partes estuvo regido por un solo contrato de trabajo, así mismo si los conceptos devengados por desplazamiento, alimentación y comunicaciones constituyen salario y deben ser tenidos como tal para acceder a las condenas pretendidas.

En el presente asunto, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes, toda vez que el mismo fue aceptado por la sociedad enjuiciada desde la contestación de la demanda al manifestar que estuvo regida por dos contratos autónomos e independientes, postura que acogió el a quo en su sentencia.

Al respecto encuentra la Sala que de manera diáfana se establece documentalmente con los contratos de trabajo suscritos “*por el tiempo que dure la realización de la obra o labor determinada*” (fls. 109-110 y 182-

183), el primero de los cuales se suscribió el 16 de marzo de 2015 y estuvo vigente hasta el 26 de marzo de 2016, según la liquidación que de este se hizo en su momento por haber culminado la obra o labor contratada mediante prestación de servicios suscrita entre la sociedad demandada y el Hospital de Suba II Nivel E.S.E. (fls. 96-108 y 165); se suscribió un segundo contrato en la misma modalidad que estuvo vigente entre el 28 de marzo y el 30 de junio de 2016, del cual igualmente obra prueba de su terminación y liquidación (fl. 200). No existe prueba alguna en el plenario que permita establecer la continuidad de la prestación del servicio que aduce la parte actora para pretender una sola vinculación laboral, pues la misma apoderada de la actora hace referencia en su recurso a dos contratos distintos, respecto de los que efectúa reclamaciones distintas al afirmar que en el primero no hubo pacto de exclusión salarial, en tanto que en el segundo si se dio, lo cual evidencia que la propia actora sabe que su vinculación laboral estuvo regida por esos dos contratos, mediando entre uno y otro un lapso en el cual no se acreditó prueba alguna de la prestación del servicio; en tal sentido se debe confirmar la decisión de primera instancia al arribar a la misma conclusión la que está acorde con lo demostrado en el juicio, por lo cual se confirmará en este aspecto la sentencia recurrida.

Establecido lo anterior y en lo que hace a la connotación salarial pretendida en la demanda respecto de los pagos efectuados por la sociedad empleadora bajo los conceptos de “*medio de transporte, medio de alimentación y medio de comunicación*”, se remite la Sala a lo dispuesto por el artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo, norma que establece como constitutiva de salario no solo la remuneración ordinaria, sino la fija o variable que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera 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, porcentaje sobre ventas y comisiones; tales factores por corresponder a la noción legal del salario no pueden ser desconocidos en su vocación salarial, porque al corresponder a una retribución directa del servicio y por pertenecer a la estructura

fundamental del salario, la ley les asigna de modo insustituible tal condición.

Ahora bien, existen pagos que por ser ocasionales o por ser efectuados por mera liberalidad del empleador o por no corresponder a remuneración directa del servicio, no tienen la condición de constituir salario, pues no están destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a permitirle el cumplimiento de las labores para las que se encuentra contratado, tal y como lo establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

A su vez el artículo 132 de la norma sustantiva, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, permite al trabajador y al empleador convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre que se respete el mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, ello significa que si dentro de un contrato de trabajo se llega a pactar cualquier modalidad que en la práctica afecte los principios obligatorios de la remuneración del servicio, ésta carecería de eficacia.

No obstante, si es lícito dentro de esa libertad de estipulación a que alude el citado artículo que empleador y trabajador determinen el pago de sumas que no constituyan base para liquidar acreencias laborales, ya que es la misma ley la que posibilita que en la vinculación laboral se establezca expresamente que pagos efectuados en forma habitual o transitoria, que sean acordados contractual o convencionalmente o pagados en forma extralegal por el empleador, no constituyan salario.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto mediante sentencias en las que moduló la metodología para establecer si un pago o remuneración corresponde a factor salarial, entre otras, sentencia 32567 del 27 de mayo de 2009, que en lo pertinente señaló:

(...)“Sea lo primero observar que el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 introdujo el calificativo de directa aplicado a la remuneración, como determinante en la definición de los pagos que constituyen salario, que no traía la pristina redacción del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo”. “Pues bien. Remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, la que encuentra venero en el trabajo realizado por el empleado”.

“De tal suerte que la labor ejecutada por el trabajador es la que origina derechamente, sin rodeos, la contraprestación económica de parte del empleador”.

“Para expresarlo con otro giro: la retribución directa del servicio es la que tiene su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica, ya en dinero ora en especie”.

A no dudarlo, el carácter de retribución directa pasa a ocupar un sitio elevado a la hora de definir la naturaleza salarial de un determinado pago o beneficio, en dinero o en especie, que recibe el trabajador.

Ese carácter de retribución directa que se erige en nota distintiva del salario, en cuanto traduce la remuneración próxima o inmediata, por oposición a la lejana o mediata, que recibe el trabajador por el servicio prestado, es una consecuencia natural y lógica de los rasgos de bilateralidad y onerosidad, que acompañan al contrato de trabajo o a la relación legal y reglamentaria, en cuya virtud éstas generan naturalmente obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes, y en ellos está presente, por lo general, el ánimo especulativo o lucrativo de ambas partes.

Se sigue de lo dicho que pagos, reconocimientos, beneficios o ventajas que tengan un propósito distinto al de retribuir, directa, inmediata o derechamente, la actividad, tarea o labor del trabajador, no constituyen salario, así se reciban por causa o con ocasión de la relación subordinada de trabajo.

A propósito de la preponderancia del criterio de retribución directa del servicio en la determinación certera de lo que es salario, esta Sala de la Corte, en sentencia del 12 de febrero de 1993 (Rad. 5.481), adoctrinó:

“El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece, así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica –contrato de trabajo o relación legal o reglamentaria- que regule la prestación personal de servicios”.

Así mismo, si bien es cierto que el artículo 128 establece las excepciones para aquella premisa, al señalar que no constituye salario aquellos beneficios o auxilios habituales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, considera la Sala que en aras de realizar una hermenéutica acorde con los principios del derecho laboral y constitucional, no debe limitarse únicamente a la verificación restrictiva de un silogismo consistente en apreciar el clausulado del contrato de trabajo y el contenido esta última normatividad, sin detenerse a establecer lo realmente ocurrido en el desarrollo de la relación laboral, en la medida que la actividad judicial en materia laboral está llamada a desentrañar las circunstancias de facto propias de cada una de las relaciones contractuales, en aras de encontrar la verdad real de los hechos, facultad que le fuera concedida desde la misma génesis del derecho laboral, ya que no se puede pasar por alto el eufemismo que señala, que en el derecho laboral se regula una relación entre desiguales.

Es por ello que se debe indicar la importancia que tiene el derecho laboral en la regularización de la convivencia social del país, y por ello, resulta relevante tener en cuenta la primacía que tiene la realidad sobre las meras formalidades. En este sentido, es preciso insistir que toda remuneración que reciba el trabajador por la directa contraprestación de sus servicios que por demás, van a incrementar su patrimonio personal, debe ser considerada como factor salarial, pues precisamente reconoce su actividad personal en el cumplimiento de sus funciones.

A contrario sensu, es el empleador quien tiene la carga probatoria de acreditar en el juicio que los dineros reconocidos al trabajador y a los que no le otorgó la condición de salario, no lo son para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

En este caso, encuentra la Sala a partir de las pruebas recaudadas que a la demandante durante la vigencia del contrato de trabajo se le entregaban unas sumas de dinero bajo la denominación de “MEDIOS DE TRANSPORTE, MEDIOS DE ALIMENTACIÓN Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN”, como se determina en los comprobantes de nómina allegados como prueba documental con la contestación de la demanda (fls. 134 a 153 y 196 a 199), en ese mismo sentido en las respectivas liquidaciones finales de prestaciones de cada contrato se incluyó ese concepto como descripción de los pagos efectuados a la trabajadora; igualmente la parte demandada incorporó a su contestación fotocopia del “ANEXO AL CONTRATO LABORAL”, en cuyo parágrafo 2 se estipuló:

“Para efectos contractuales, las partes acuerdan expresamente que el pago por concepto de los numerales 2, 3 y , no constituyen factor salarial, por lo que tampoco es base para efectos de liquidar prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones y cualquier otra prestación laboral a cargo del empleador y los que recibe en dinero no para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones para las cuales ha sido contratada, pago que podrá ser disminuido o excluido, en el momento que la empresa lo disponga, sin que medie comunicación previa al trabajador, y sin que se requiere de su consentimiento, ya que constituyen pagos por mera liberalidad del empleador, lo que el trabajador acepta libre y voluntariamente.” (fl. 184)

En punto de lo anterior y no obstante verificarse en los comprobantes de pago de nómina la periodicidad de esas sumas reconocidas por los ya referidos “medios”, al haber sido pactada su exclusión salarial, le correspondía a la parte demandante determinar de manera clara en su demanda y probarlo en el juicio que tales montos incrementaron su patrimonio al no haber sido destinadas a gastos de movilización, alimentación o comunicación; por consiguiente y ante la omisión ya indicada no puede el fallador, como lo solicita la apoderada en su recurso suponer que la totalidad de esas sumas cubrieron gastos personales de la trabajadora y que en esa medida constituyeron salario, para de esa manera proceder a las reliquidaciones que en forma general e

indiscriminada se pretenden, cuando ciertamente no se adecuó plena prueba en el expediente que acreditara el requisito antes mencionado, sin que resulte posible hacer conjeturas sobre el destino específico de esos pagos para fijar de esa manera las condenas solicitadas; al respecto ha sido clara la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar en la sentencia con radicado 51914 (SL13172/2017 de 23 de agosto de 2017):

“Sin embargo, aun si en gracia de discusión se omitiera lo anterior, debe decirse que el cargo tampoco tendría vocación de prosperidad, pues a pesar de que las partes, en el parágrafo primero de la cláusula 4 del contrato de trabajo de f.º 33-35 ibídem, excluyeron del factor prestacional el transporte otorgado al demandante para el ejercicio de sus funciones, el artículo 130 del CST, también lo hizo expresamente, por fuera que tampoco se acreditó con la documental de folios 669-702 ibídem, la naturaleza de gastos de viaje que le fueron reintegrados al demandante en vigencia del vínculo, pues no se individualiza su componente, sin que pueda el juez laboral entrar a suponerlo.

Además, en relación con la compensación variable, ha de decirse que en el parágrafo segundo del contrato foliado, las partes pactaron en forma expresa que «toda prestación, beneficio o auxilio que no obstante lo estipulado anteriormente reciba o llegue a recibir el trabajador o que exceda en cualquier forma o por cualquier causa el salario arriba expresado, no constituye salario y en consecuencia tampoco generarán prestaciones sociales o serán tenidas en cuenta para calcular el monto de vacaciones o indemnizaciones o cualquier otra acreencia de carácter general», sin que en el caso se advierta satisfecho el presupuesto «habitual», para tenerlo como factor salarial, ni prestacional, del cual, en todo caso, ya estaría incluido en la remuneración del demandante por expresa disposición de las partes.”

Es de señalar que como entre las partes y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 128 del C.S.T., se pactó en la cláusula ya reseñada en este sentencia que los referidos pagos no serían constitutivos de salario, es evidente que para destruir la literalidad de lo pactado era necesario que la parte demandante demostrara, lo ya indicado en cuanto a qué aspectos cubrían esos pagos, pues se reitera, no diferenció con la demostración que se requiere que esos pagos hubieran estado destinados a sus gastos de

mantenimiento personal, sin que las solas afirmaciones al respecto resulten suficientes para concluir que esas sumas recibidas correspondieron a salario, sin tener en cuenta aspectos tan fundamentales como el pacto de exclusión y la forma genérica en que se formularon las pretensiones de la demanda; se debe igualmente considerar que la demandante al culminar el primer contrato de trabajo no efectuó reclamación alguna sobre la pretendida incidencia salarial de los conceptos que le fueron pagados y aunque no se aportó de manera expresa pacto de exclusión sobre ese contrato, eso no permite atribuirle la connotación salarial a unos pagos que se demostró en el juicio no la tienen, habida cuenta que en los dos contratos claramente se pactó que el salario correspondía a la suma de \$2'090.000, sin que la trabajadora hubiera efectuado reclamación alguna a su empleador al recibir las prestaciones respectivas sobre esa base salarial.

Es claro que la cláusula de exclusión salarial no tiene la virtualidad, por sí sola de tener como excluido de factor salarial el pago de un determinado concepto, pero en este caso no se establece en momento alguno en el litigio que tal pago haya estado destinado a retribuir el servicio de la trabajadora, sino a facilitarle la labor y para el desempeño cabal de sus funciones, pues nada diferente se demostró; además los referidos conceptos brindados por la parte demandada como medio de colaboración a su trabajadora por no tener ese carácter salarial, es claro que podían libremente ser pactados entre las partes con el carácter de no constitutivos de salario, pues en efecto no tienen esa condición, como lo concluyó el a quo, razones por las cuales será confirmada la sentencia recurrida.

SIN COSTAS en esta instancia.

.

En mérito de lo expuesto la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 3 de agosto de 2020, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso en las motivaciones.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSÉ OLEGARIO LOZANO IZQUIERDO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 014 2018 00612 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de noviembre de 2020.

Los apoderados de las partes allegaron escritos de alegaciones; la parte actora solicitó considerar que el proceso se inició con antelación a la fecha en que fue proferida la sentencia SU 140 de 2019 y en ese sentido no debe ser aplicada al haber acreditado el actor el requisito para acceder al derecho reclamado debe ser reconocido.

A su vez la apoderada de la entidad demandada solicitó confirmar la decisión proferida en primera instancia, en razón a que la sentencia SU 140 de 2019, debe ser aplicada en este caso teniendo en cuenta que el derecho pensional se causó a favor del demandante con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y que en caso contrario el derecho se encuentra prescrito.

I. ANTECEDENTES

Solicitó el demandante, el reconocimiento de los incrementos del 14% por cónyuge a cargo previstos en los artículos 21 y 22 del Decreto 758 de 1990, con retroactividad al 1° de abril de 2014.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que mediante la Resolución GNR 94329 de 2014 le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1° de abril de ese año; en aplicación del artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de ese año; informó que contrajo matrimonio el 24 de diciembre de 1981 y por convivir con su cónyuge quien depende económicamente de él, reclamó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de los incrementos pensionales pretendidos en la demanda, los que fueron negados mediante la comunicación BZ2017-6738875-1717453 del 29 de junio de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación mediante escrito incorporado a folios 49 a 56, en el que se opuso a la prosperidad de las pretensiones, al manifestar que de acuerdo con la sentencia de Unificación 140 de 2019 el derecho a los incrementos pensionales por personas a cargo desapareció de la vida jurídica. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, inaplicabilidad del Decreto 758 de 1990 en los casos de pensionados por régimen de transición, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 3 de noviembre de 2020, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, profirió sentencia en la que resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSE OLEGARIO LOZANO IZQUIERDO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: RELEVARSE del análisis puntual de los medios exceptivos propuestos por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES dado el carácter absolutorio del litigio.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante, por haber sido vencida en juicio. En oportunidad se tasarán.

CUARTO: En el evento de no apelarse la decisión, se ORDENA consultar con el superior.”

Como sustento de su decisión la Juez a quo, señaló que de conformidad con lo indicado por la H. Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, los incrementos pensionales por personas a cargo previstos en el Decreto 758 de 1990, perdieron vigencia para aquellos pensionados a quienes se les reconoció ese derecho con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, y que por ello no puede predicarse la existencia de un derecho a favor del actor quien no adquirió su pensión de vejez, sin que le asista razón al apoderado del actor al manifestar que esa sentencia no puede ser aplicada en este caso al haber sido promovido el proceso antes de que fuera proferida, teniendo en cuenta que es sabido que el precedente judicial resulta vinculante aun para actuaciones iniciadas con anterioridad a la respectiva decisión.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*-, la Sala estudiará si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento de los incrementos del 14% por cónyuge a cargo.

No fue objeto de controversia el reconocimiento pensional que efectuó Colpensiones al actor mediante la Resolución N° GNR 94329 del 18 de marzo de 2014 a partir del 1° de abril de 2014 bajo las premisas del Decreto 758 de 1990, al determinar que el afiliado era beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 (fls. 9-12)

Pasa entonces la Sala a revisar la procedencia de los pretendidos incrementos pensionales por personas a cargo que fueron establecidos por el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, respecto de los cuales resulta evidente la absolución que dispuso el Juzgado, al corresponder a una decisión que tiene fundamento en la sentencia de Unificación SU-140 de 2019, mediante la cual la H. Corte Constitucional cambió radicalmente la línea jurisprudencial fijada frente a

ese tema y determinó que dichos incrementos fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, así mismo dispuso que el derecho se mantiene para aquellos pensionados que cumplieron los requisitos para adquirir su pensión antes del 1° de abril de 1994, situación en la que no se encuentra el demandante, por lo cual se confirmará la sentencia consultada.

Sin Costas en la consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

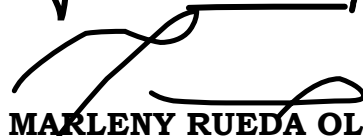
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el 3 de noviembre de 2020, conforme se expuso.

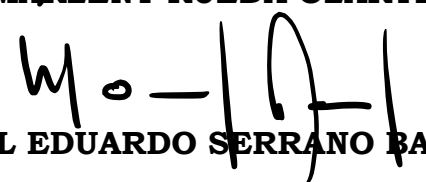
SEGUNDO: SIN COSTAS en la consulta.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL
PROMOVIDO POR JAIRO MARQUÉZ RAMOS contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 015 2019 00354 01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de agosto de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos allegados por los apoderados de las partes. El apoderado del demandante sostiene que Colpensiones está obligada al pago de la pensión de vejez reclamada teniendo en cuenta que desde el 2 de agosto de 2018, la empleadora María Teodolinda Rodríguez Baquero radicó ante esa entidad solicitud de cálculo actuarial al informar sobre la relación laboral que tuvo con el actor; igualmente expuso que ese reconocimiento se debe efectuar a partir del 19 de octubre de 2018, por ser la fecha en que se acreditaron los requisitos para ello.

A su vez la apoderada de Colpensiones que a pesar de haber cumplido el demandante con el requisito de edad al contar con 62 años el 15 de octubre de 2018, no ocurre lo mismo con sus cotizaciones al acreditar

solamente un total de 980.71 semanas, por lo cual considera que no hay lugar al reconocimiento pensional pretendido.

I. ANTECEDENTES

El actor solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 15 de octubre de 2018, las mesadas causadas y los intereses moratorios y señaló como fundamentos fácticos de sus pretensiones, que nació el 15 de octubre de 1956 y cotizó con diferentes empleadores la densidad de semanas necesarias para adquirir el derecho teniendo en cuenta que su empleadora TEODOLINDA RODRIGUEZ BAQUERO, el 2 de agosto de 2018 radicó bajo el número 2018-9256885 solicitud de realizar cálculo actuarial para el pago de las cotizaciones del demandante por ella adeudadas, en la que informó sobre la existencia del vínculo laboral, sin que Colpensiones le hubiera dado respuesta.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, mediante escrito que obra a folios 29 a 35, se opuso a las pretensiones al manifestar que el demandante no acreditó el número de semanas establecido en la Ley 797 de 2003, pues aunque cumplió la edad de 62 años el 15 de octubre de 2018, solo acredita un total de 980.71 semanas y no las 1300 que exige la norma. Propuso las excepciones de falta de integración del Litis consorcio necesario con la empleadora del actor MARÍA TEODOLINDA RODRIGUEZ BAQUERO, así como las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos e inexistencia de la obligación.

Por auto del 12 de diciembre de 2019, el Juzgado ordenó integrar el Litis consorcio necesario con la referida empleadora María Teodolinda Rodríguez Baquero (fl. 42), quien fue notificada por conducta concluyente al dar contestación mediante escrito incorporado a folios 43 a 49, en el cual su apoderada manifestó que en razón al vínculo laboral que tuvo con el actor y por no haber efectuado las cotizaciones respectivas para pensión radicó ante Colpensiones solicitud en la que informó el tiempo de vinculación laboral así como el salario devengado para que le fuera

indicado el monto a pagar; igualmente sostuvo que ha intentado efectuar esos pagos a través de la Plataforma Pila, sin que sea posible realizarlo hasta que Colpensiones lo autorice.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 27 de agosto de 2020, dispuso:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada MARÍA TEODOLINDA RODRÍGUEZ BAQUERO, en su condición de empleadora del señor demandante JAIRO MÁRQUEZ RAMOS, al pago del cálculo actuarial correspondiente al periodo comprendido entre el 1° de octubre del año 1995 al 31 de diciembre del año 2001, fruto de la declaratoria de la existencia de la relación laboral por este mismo periodo y el cual se pagará ante la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES con base en un salario mínimo legal vigente para cada uno de los meses en que se declara la relación laboral y conforme al cálculo actuarial que proceda a elaborar la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante JAIRO MÁRQUEZ RAMOS identificado con cedula de ciudadanía número 19.358.947, la pensión de vejez prevista en la Ley 100 de 1993, con las modificaciones introducidas por la Ley 797 del 2003; la cual se liquidará teniendo en cuenta las preceptivas de la Ley 797 del 2003 y se hará su pago y disfrute efectivo a partir de la fecha que acredite el señor JAIRO MÁRQUEZ RAMOS la desafiliación del sistema general de seguridad social en pensiones, conforme lo expuesto en la parte motiva, la cual se reconocerá en 13 mesadas pensionales mensuales al año, realizando los ajustes que disponga el Gobierno Nacional año a año frente a cada valor de la mesada pensional.

TERCERO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas.

CUARTO: NO CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y respecto a la señora María Teolinda Rodríguez Baquero dada su omisión en el pago de los correspondientes aportes a la seguridad social, se le condenara costas a favor de la parte actora y para el efecto se le fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a dos salarios mínimos legales vigentes para el año 2020.

QUINTO: Si la presente providencia no fuere apelada y dada la naturaleza jurídica de la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, se remitirá a la diligencia superior, para el efecto de que la revisen en el grado jurisdiccional de consulta.

Como sustento de su decisión y luego de referirse a las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio, consideró el Juez que se prueba efectivamente la existencia de un contrato laboral del demandante con la señora MARÍA TEODOLINDA RODRÍGUEZ BAQUERO, de conformidad con la afirmado por la misma, mediante contestación de la demanda, así como también con el documento obrante a folio 20 el cual corresponde a la solicitud de cálculo actuarial a COLPENSIONES, suscrita por la referida señora en calidad de empleadora del actor , así como la declaración extra juicio que obra a folios 22 y 23 del plenario en la afirmó que tuvo un contrato de trabajo con el demandante; por lo cual declaró la existencia de la relación laboral entre el demandante y la citada empleadora por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 1995 y el 31 de diciembre del 2001, con una asignación mensual equivalente al salario mínimo legal vigente para cada anualidad.

Se refirió a la obligación legal del empleador de pagar los respectivos aportes de su trabajador al sistema de seguridad social en pensiones, así como a la jurisprudencia que existe al respecto y con esos fundamentos dispuso la condena a la empleadora de sufragar ante Colpensiones los aportes adeudados.

Tuvo en cuenta para la sumatoria de semanas las 321.42 que corresponden al periodo de 1° de octubre de 1995 al 31 de diciembre de 2001, así como las cotizadas hasta el mes de julio de 2020 para un total de 1.396 semanas para reconocer la pensión de vejez a favor del actor a partir de la fecha que acredite su desafiliación del Sistema General De Seguridad Social en pensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado del demandante recurrió la sentencia en forma parcial, para lo cual señaló:

“En las consideraciones de la sentencia proferida se afirma que COLPENSIONES, no se encontró obligado a pagar la pensión reconocida desde el año 2018, teniendo en cuenta que para dicha fecha la entidad

demandada no tenía conocimiento de la relación laboral que unió al demandante con la señora MARÍA TEODOLINDA RODRÍGUEZ BAQUERO; frente a lo cual manifestó que se demuestra lo contrario ya que a folios 52 y siguientes del expediente, obra constancia del trámite radicado por parte de la señora TEODOLINDA, documento en el cual se tiene como fecha de radicación el 2 de agosto de 2018, escrito mediante el cual se informó a COLPENSIONES sobre la existencia de dicha relación laboral, razón por la cual el demandante presenta su solicitud de pensión de vejez con posterioridad de dicha fecha y aun así COLPENSIONES, mediante Decreto resolvió negar el derecho del actor, pese a tener conocimiento de esa relación laboral por un tiempo correspondiente a 6 meses, por lo cual se desvirtúa en ese sentido la afirmación del Juez de conocimiento al indicar que a COLPENSIONES no se le informó en debida forma la relación laboral del actor con la señora MARÍA TEODOLINDA RODRÍGUEZ BAQUERO, por lo que se debió condenar a la demandada COLPENSIONES a pagar la correspondiente mora, ya que dicha administradora de pensiones en ningún momento procedió a realizar el correspondiente cobro coactivo si no por el contrario omitió cualquier cobro; En referencia al cálculo actuarial el mismo es simplemente una liquidación, lo cual es totalmente diferente a la mora. En cuanto al señalamiento por parte del Juez Quince Laboral, tendiente a indicar que en la fecha en que se profirió la presente sentencia se declaró la existencia de la relación laboral, no da razón ya que, simplemente lo que se hizo fue re declararla, por cuanto la relación laboral la declara un Juez, cuando las dos partes, contratante y contratada, están en desacuerdo respecto de la existencia de la misma, lo cual no se aplica al presente asunto ya que tanto la parte contratante como la contratada, siempre han reconocido la existencia de dicha relación laboral, y esto no es objeto de debate en el presente asunto; por lo cual COLPENSIONES no puede excusarse en que hasta ahora tiene conocimiento de la existencia de la relación laboral del actor con la señora MARÍA TEODOLINDA RODRÍGUEZ BAQUERO ya que se puso en su conocimiento, como se indicó anteriormente el material probatorio da prueba de ello; frente al señalamiento de que el proceso se encontraba huérfano de pruebas ya que no obran en el expediente certificaciones haciendo colación al principio de la prueba, señala que la Corte Suprema de Justicia en variedad de sentencias, como la 5170 del 2019 con radicado 79670 Clara Cecilia Dueñas se señala explícitamente sobre la carga de la prueba que COLPENSIONES debía aportar las correspondientes novedades de retiro e inclusión nuevamente con el mismo empleador, documentos estos inexistentes por ser relaciones laborales que nunca fueron sometidas a solución de continuidad, por lo cual el trabajador solo tiene que probar que existió un contrato de trabajo, de lo cual en el presente asunto, no queda duda, pero al trabajador no le corresponde probar que no se le cortó el contrato ya que esto va contra la carga de la prueba al ser esta una negación indefinida; por lo tanto el Juez de Conocimiento comete un error al indicar que dicha carga probatoria recae en su apoderado y no ordenar a Colpensiones al aporte de certificaciones de retiro que tuviese en su poder, hecho el cual resulta imposible probar ya que el mismo es inexistente, por el contrario si existían desde el 2018, los requisitos demostrados del actor, para ser beneficiario a su pensión de vejez desde

el 15 de octubre de 2018, fecha en la cual cumplió 62 años de edad; Sobre la causación y disfrute de la pensión, ya que COLPENSIONES, pese a que el actor cumplía con los requisitos, negó la pensión de vejez, el demandante se vio en la obligación de seguir cotizando para tener asegurada su afiliación a salud, especialmente en la circunstancia actual de pandemia y mientras no existiese fallo judicial tendiente a reconocer el derecho pensional y la existencias de las semanas cotizadas, desgraciadamente COLPENSIONES no reconocería la existencia de dichas semanas, así que la causación y disfrute debió haberse reconocido desde que se radicó la solicitud de pensión, toda vez que el actor no se pudo retirar del sistema hasta no tener como cierto el derecho pensional, ya que de lo contrario no sería sino hasta 2 años después de solicitada la pensión, es decir la fecha de la sentencia que se daría reconocimiento al derecho pensional, por lo que resulta evidente que el demandante no podía retirarse del sistema hasta no estar 100% seguro del reconocimiento de su derecho, esto de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sentencia 73376 como de la Corte Constitucional T 225 de 2018. Queda desvirtuada la falta de conocimiento de COLPENSIONES ya que el desorden administrativo no es excusa para no reconocer un derecho pensional, por lo cual dicho derecho debe reconocerse desde la fecha en la que el actor contaba con los requisitos.”

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo señalado en los artículos 66 A (principio de congruencia) y 69 (Grado Jurisdiccional de Consulta frente a Colpensiones) del C.P.T. y S.S., la Sala estudiará si le asiste derecho al actor para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 15 de octubre de 2018.

Procede la Sala a la definición del asunto sometido a estudio y como primera medida se advierte que el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 señala como requisitos para tener derecho a la pensión de vejez los siguientes:

1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.

A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.

A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

En el presente asunto se presenta discusión en cuanto al número de semanas mínimas exigidas en la citada disposición; pues mientras para la demandada el actor solamente cuenta con 980.71 semanas, el demandante señala que ese número de semanas no incluye el tiempo total laborado como trabajador de TEODOLINDA RODRÍGUEZ BAQUERO, en los ciclos de 1° de octubre de 1995 al 31 de diciembre de 2001, con los cuales se superan las 1300 semanas exigidas en la normatividad en cita; el a quo dispuso vincular como litis consorte necesario a la referida persona natural, quien compareció al proceso y de acuerdo con sus manifestaciones en la sentencia se tuvo por demostrado el vínculo laboral del actor con la referida empleadora, así como la solicitud elevada por la citada persona de efectuar el pago de unos ciclos no tenidos en cuenta por la demandada, lo cual en efecto se acreditó documentalmente como consta en el expediente (fls.43 a 61).

No fue objeto de discusión en el proceso que el demandante nació el 15 de octubre de 1956 (fl. 8), por lo que cumplió la edad de 62 años en la misma fecha del año 2018. Luego, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 9° de la ley 797 de 2003, el número de semanas que debe acreditar como requisito para acceder a la pensión de vejez, es de 1300, de acuerdo con el incremento ordenado a partir del 1° de enero de 2005 por esa misma disposición.

Como quiera que en este asunto se acreditó que la empleadora del demandante MARÍA TEODOLINDA RODRIGUEZ BAQUERO, no lo afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones siendo ese el fundamento de la entidad demandada para negar el derecho pensional del afiliado al argumentar insuficiencia de semanas cotizadas, debe señalar la Sala que si bien conforme lo prescribe la Ley 100 de 1993 en sus artículos 23 y 24, son las entidades administradoras de pensiones las que tienen la facultad de requerir al empleador para que este proceda con el pago oportuno de los aportes y de persistir ese incumplimiento realizar cobro coactivo de aportes e intereses adeudados, por ser esos los mecanismos legales previstos para que esas

entidades prevengan el incumplimiento del empleador y precaver que dichas omisiones afecten los derechos fundamentales de los afiliados y sus beneficiarios. En ese sentido, cuando se presenta omisión en el pago de aportes por parte del empleador, y la entidad responsable del recaudo no activa los mecanismos legales para el cumplimiento de dicho deber, mal podría imponerse al afiliado la obligación de soportar las consecuencias de actos que no le son propios y que en nada deberían afectarle, pues son producto de la desidia o negligencia de dos actores del Sistema que optaron por no acatar lo prescrito en la Ley; situación que no es la que se presenta en este caso en el que se evidenció en el juicio que la persona llamada como empleadora del afiliado no efectuó la vinculación del actor al Sistema de Seguridad Social en Pensiones, en esa medida no se puede hablar en momento alguno de inactividad de la entidad demandada en el cobro de los aportes por tratarse, se reitera de inexistencia de afiliación, escenario en el que no resulta procedente el conteo de ese tiempo no sufragado como si se tratara de mora en los aportes para de esa manera tener por acreditado el requisito legal de densidad de las cotizaciones mínimas y así acceder al derecho pensional.

En consecuencia, se debe concluir que la negativa del reconocimiento del derecho pensional con fundamento en la mora del empleador, sin la debida gestión y diligencia de la entidad demandada para efectuar el cobro de los aportes no cubiertos, resulta ser un acto que contraviene derechos fundamentales del afiliado por lo cual en esos eventos es que resulta procedente el reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones; pero no como ocurre en este caso, en el que no se pueden tener por acreditadas unas semanas sobre las que hasta ahora se está ordenando un cálculo actuarial para establecer el monto que debe pagar el empleador por no efectuar la afiliación respectiva, toda vez que se trata de dos situaciones completamente disimiles, sin que el trámite frente al cálculo actuarial pueda tener las mismas connotaciones de la mora del empleador, pues ciertamente se trata de figuras diferentes.

En este caso el cálculo actuarial ordenado por el a quo, correspondió al periodo del 1° de octubre de 1995 al 31 de diciembre de 2001, en el que no hubo afiliación del empleador y que equivale a 321.42 semanas con las cuales tuvo por acreditada en la sentencia la densidad de cotización legalmente prevista para determinar en 1344.42 las semanas cotizadas, cuando en realidad solo se acreditan en la historia laboral del afiliado como efectivamente cotizadas un total de 1023 semanas que no le permiten acceder al derecho pensional bajo la norma que lo cobija que corresponde a la Ley 797 de 2003 al ser exigido un mínimo de 1300 semanas.

Por las anteriores razones se revocará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia para en su lugar absolver a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez del demandante, así como el numeral tercero de la misma para declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la referida entidad y será confirmada en todos los demás aspectos.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de agosto de 2020, para en su lugar **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez del demandante JAIRO MARQUEZ RAMOS, por las razones expuestas en las motivaciones.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la referida sentencia para en su lugar declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por COLPENSIONES.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en todos los demás aspectos.

CUARTO: SIN COSTAS en el recurso.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

SALVO VOTO PARCIALMENTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HECTOR MANUEL ROJAS DEVIA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2018 00600 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta de Colpensiones, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de absolver a la entidad de toda condena, debido a que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba suficiente, que conllevan a determinar que el traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa

respecto de los efectos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media.

A su vez PORVENIR S.A., solicita se revoque en su integridad la sentencia, al sostener que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la entidad sea eficaz.

La apoderada del demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que en el proceso no milita prueba alguna que conduzca a demostrar que Colfondos entregó una información suficiente clara y oportuna.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., en razón a que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna respecto de las condiciones en uno y otro régimen. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 18 de septiembre de 1951, y estuvo vinculado en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 1 de abril de 1999, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Nacional, los artículos 9, 13, 14, 19 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 1328 de 2009, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015; así como la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 31314 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 194 a 200, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda señalando de esta manera que el traslado realizado por el actor a Porvenir S.A., es plenamente válido. Propuso las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación, declaratoria de otras excepciones.

COLFONDOS S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 213 a 229, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que el traslado o vinculación del demandante al Fondo de Pensiones, se dio con el lleno de los requisitos legales exigidos, pues el demandante de manera libre y voluntaria en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, pago saneamiento de cualquier presunta nulidad, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, nadie puede ir en contra de sus propios actos, obligación a cargo exclusivamente de un tercero.

PORVENIR S.A., arrió al plenario escrito de contestación que milita a folios 258 a 279, en el que se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por medio de la cual señaló que la afiliación de la parte demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el párrafo del artículo 54 A del C.P.T. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de septiembre de 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO:DECLARAR ineficaz la afiliación efectuada por el señor demandante, HÉCTOR MANUEL ROJAS DEVIA, del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, el día 18 de febrero del año 1999, y con efectividad a partir del 1 de abril de 1999,a través de la administradora COLFONDOS y como consecuencia, ORDENAR al fondo PORVENIR actualmente se encuentra afiliado, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos, al régimen de prima media a través de la administradora COLPENSIONES y a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante, y acredite como semanas efectivamente cotizadas ante el régimen de prima media dichos recursos, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado dado la ineficacia que se declara.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes, conforme en lo expuesto.

TERCERO: si la presente providencia no fuere impugnada, dada la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, de acuerdo a lo previsto en el artículo 69 del CPTYSS, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el deber de información es ineludible, ya que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional y que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, pues la carga de la prueba está en cabeza de los fondos de demostrar ese deber de información, por lo cual en este caso hay lugar de declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar se absuelva a la entidad de cada uno de los cargos en cuanto manifestó que para que sea ineficaz el traslado debe existir dolo el cual no fue probado ni alegado dentro del proceso, adicional a ello argumentó

se puede verificar que el demandante estuvo afiliado 20 años al RAIS sin que hasta la fecha se conociera ningún tipo de inconformidad de otra parte el demandante está inmerso en una prohibición legal que protege la descapitalización del régimen de prima media en un principio de estabilidad financiera en el RAIS por tanto no es dable que el demandante se escude en una supuesta falta de información simplemente porque su plan de pensión no resulto acorde a sus aspiraciones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando

se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto

Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 239 y 281, se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 18 de febrero de 1999 y posteriormente a HORIZONTE. hoy PORVENIR S.A., de fecha 11 de septiembre de 2003.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 1999 recibió en su lugar de trabajo en la Clínica Nueva a unos asesores de Colfondos quienes le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar, así como también le aseguraron que tendría una seguridad administrativa, sostuvo que posteriormente en el año 2008, asesores de Porvenir lo visitaron en su lugar de trabajo señalándole que podría recuperar semanas para poder ser beneficiario del régimen de transición finalmente no le dieron en ese nuevo Fondo ninguna información adicional.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de

los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LILIANA PEDRAZA CASTRO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2019 00519 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de octubre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y Colfondos S.A., es nulo, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documental suficiente, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto

de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación en la totalidad de la decisión, al considerar que la demandada Colfondos S.A., no logró acreditar dentro del plenario que el traslado efectuado el día 1 de agosto de 1995, estuviera precedido de la suficiente ilustración e información por parte de este, razón por la cual se vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y los artículos 13 del literal B y 271 de la Ley 271 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., el 1 de agosto de 1995, por la indebida y nula información que suministró el fondo privado. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 3 de octubre de 1962, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 1 de agosto de 1995, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que existiera una decisión libre y voluntaria al advertir que no hubo la suficiente ilustración por parte del fondo que la recibió.

Como fundamento normativo, citó el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6,25,74 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63,65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2,4,13,23,29,48,53 y 58 de la Constitución Nacional, los artículos 11,13,21,31,36,50,114,141,142,271,288 y 289 de la Ley 100 de 1993, los Decretos 692,656 y 720 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014, 17595 de 2017 y 4964 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 108 a 118, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, sin que se probara el error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada, por lo que no procede la declaratoria de nulidad. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, buena fe, y la genérica.

COLFONDOS., allegó el escrito de contestación que obra a folio 133, en el que se allanó a la demanda, por lo cual no se opuso a las pretensiones de la demanda a excepción de la condena en costas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de octubre de 2020, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la señora MARTHA LILIANA PEDRAZA CASTRO, el día 1 de agosto del año 1995 del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la administradora COLOFONDOS y como consecuencia de lo anterior, **ORDENAR** al fondo COLFONDOS traslade los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual de la señora demandante a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación de la señora demandante y acredite estos como semanas efectivamente cotizadas en su historia laboral, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dada la declaratoria de ineficacia que se hace, todo lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor o en contra de ninguna de las partes conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: DECLARAR como no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas.

CUARTO: Si la presente providencia no fuere apelada se ordena **REMITIR** las diligencias al Superior a efectos de que las revise en

el Grado Jurisdiccional de Consulta con respecto de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó en primer lugar la ilegalidad del traslado de la demandante con fundamento en el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicado 39772 del 2010, ya que no se cumplió con el periodo de permanencia mínima; así como también señaló la tesis de ineficacia del traslado de la H. Corte Suprema de Justicia por medio de la cual expone que la carga de la prueba está en cabeza del fondo , ya que el mismo tiene la obligación de acreditar que informó sobre las características de los dos regímenes, en consecuencia hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el

deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los medios probatorios arrimados al plenario no se observa interrogatorio de parte efectuado por la demandante ni documento alguno que demuestre que el fondo de pensiones cumplió con su deber de información, pues como se vislumbra a folio 133 la AFP COLFONDOS S.A se allanó de la demanda, esto en concordancia al artículo 98 del Código General del Proceso, sin presentar oposición, siendo claro para esta Sala que Colfondos S.A no suministro a la demandante una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

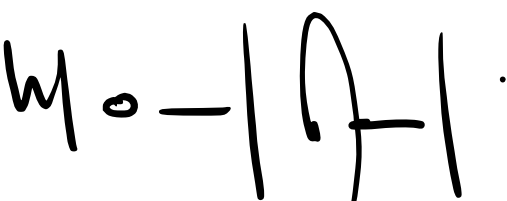
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUER

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR REAGAN ALEXIS
FIRACATIVE MORALES contra JUNTA NACIONAL DE
CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 016 2018 00348 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre de 2020.

En esta instancia el apoderado del demandante allegó escrito para alegar de conclusión en el cual solicitó revocar la sentencia recurrida, al considerar que se incurrió en error al determinar de común el origen de la enfermedad cuando en el dictamen objetado no fue incluido el análisis del puesto de trabajo, ni se tuvo en cuenta la totalidad de la historia clínica del actor, sin que a su juicio se pudiera descartar la calificación allegada como prueba pericial en la que se determinó que era de origen laboral.

I. ANTECEDENTES

Pretende el actor se declare que la entidad demandada incurrió en error al proferir el Dictamen N° 3130129-12022 del 27 de julio de 2016 al determinar como de origen común las enfermedades que padece, para que en su lugar se determine que son de origen laboral.

Como fundamentos fácticos manifestó que el 6 de mayo de 2013 sufrió un accidente de trabajo con lesión en la columna vertebral que le ha generado incapacidades que no le permiten laborar, lo cual ha tenido como consecuencia que padezca trastornos de ansiedad y depresión; argumenta que sus patologías tienen origen laboral por ser consecuencia de levantar en forma manual cargas por encima de los límites permisibles, hacer movimientos repetitivos y usar herramientas con vibración. Informa que el 23 de abril de 2015 fue calificado por la ARL Suramericana y se determinó una pérdida de capacidad laboral del 15.65% de origen común; el 27 de noviembre de 2015 la Junta Regional de Calificación de Invalidez profirió el Dictamen 771860 en el que determinó la pérdida de capacidad laboral en un 28.80% de origen común y con fecha de estructuración del 23 de abril de 2015; el 27 de julio de 2016 la Junta Nacional con radicado 3130129-12022 dictaminó la pérdida de capacidad laboral en un 37.49%, pero mantuvo la decisión en cuanto al origen común. Por lo anterior solicitó ser calificado por médico especialista en seguridad social, quien determinó que el origen es laboral con fecha de estructuración del 4 de febrero de 2016 y una pérdida de capacidad laboral del 45.15%, dictamen que solicita sea el tenido en cuenta para todos los efectos.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en su defensa sostuvo que la decisión contenida en el Dictamen N° 3130129-12022 del 27 de julio de 2016, *“cuenta con plena validez, legalidad y legitimidad al encontrarse plenamente ajustado a los criterios técnico legales que*

determinan la calificación del origen de las contingencias, siendo claro que los diagnósticos Lumbago no Especificado y Sacroilitis, no clasificadas en otra parte son de origen común.” Propuso las excepciones de mérito de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional, improcedencia del petitum por inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, falta de legitimación por pasiva, buena fe de la demandada y la genérica. (fls. 62-88)

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 2 de septiembre de 2020, el Juzgado profirió sentencia mediante la cual resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, de todas y cada una de las pretensiones que fueron incoadas en su contra por el señor demandante REGAN ALEXIS FIRACATIVE MORALES, identificado con la cedula de ciudadanía número 3.130.129.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de legalidad de la calificación expedida por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, y por el resultado de la litis se abstiene el Despacho de pronunciamiento de los demás medios exceptivos.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la parte actora, practíquese la liquidación por secretaria incluyendo el monto de \$350.000, como valor de las agencias en derecho.”

Como sustento de su decisión y luego de referirse a las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio, consideró el Juez que teniendo en cuenta el principio de la libre valoración de la prueba consagrado en el artículo 61 del C.P.T. y S.S., no existe un medio probatorio que específicamente deba ser presentado o decretado para poder controvertir el dictamen objetado, ya que el Juzgador se basa en las pruebas que individualmente y en conjunto que sean aportadas, decretadas y practicadas; así mismo indicó que en el presente caso es aplicable la objeción grave a los dictámenes periciales, que pese a no estar consagrada expresamente en el CGP, si lo está en la doctrina y la jurisprudencia, es decir que para que una prueba técnica pueda ante los ojos del juzgador, declararse sin valor y con fuerza de cosa juzgada, debe estar acreditado con contundencia que existió un error grave frente al derecho, carga de la prueba que recae únicamente en la parte demandante, quien debió

desvirtuar las conclusiones del dictamen objetado desde el punto de vista tanto técnico como fáctico, para lograr llevar al Juzgado a la conclusión certera de que ocurrieron los errores que se alegan y que estos resultaran de tal magnitud que procede dejar sin valor ese tipo de dictamen y por el contrario acoger el presentado por la parte actora, lo cual no ocurrió en este caso.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Como fundamento de su inconformidad contra esa decisión, el apoderado de la parte actora al sustentar su recurso de apelación manifestó que el Juez dio por demostrado sin estarlo, que el hecho de no haber practicado el análisis del puesto de trabajo al demandante, no fue un error grave, para llegar a tomar una decisión como la consolidación del origen, ya que no tuvo en consideración que la entidad demandada se apartó no solamente de la Ley sino también de la Jurisprudencia, puesto que era su deber realizar la calificación incluyendo el análisis del puesto de trabajo, por lo que no comparte lo expuesto por el Despacho respecto a indicar que dicho examen no era de relevancia, ya que por el contrario el mismo hubiera llevado a deducir que el origen del padecimiento del actor es distinto al inferido. Argumentó que no se le dio la suficiente validez a lo manifestado por el demandante a la perito frente a su trayectoria laboral para determinar que las patologías que se alegan si son de origen laboral, las que debieron ser tenidas en cuenta en su totalidad y el no hacerlo es atentar contra el derecho al debido proceso y al principio de la calificación integral, por lo cual solicitó revocar la sentencia apelada en su integridad para que en su lugar se declare las patologías expuestas en la demanda son de origen laboral, y como consecuencia se acceda a las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y S.S., se resolverá el recurso interpuesto por la parte demandante para determinar si hay lugar a acoger sus pretensiones.

Está debidamente demostrado que mediante dictamen N° 771860 practicado al actor el 27 de noviembre de 2015 la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo diagnosticó con “*Lumbago no especificado*” y “*Sacroilitis no clasificada en otra parte*”, pérdida de capacidad laboral en un 28.80% y origen común de la enfermedad; decisión que fue objeto de recurso por el actor en virtud del cual la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ profirió el dictamen N° 3130129-12022 de fecha 27 de julio de 2016, mediante el cual determinó dicho porcentaje en un 37.49% y el origen de la enfermedad como riesgo común. (fls. 3-7)

Determinado lo anterior, se tiene que con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, se crearon las juntas calificadoras del estado de invalidez, a través de los artículos 42 y 43 de la citada normatividad, entidades a las que se les encomendó por parte del Legislador determinar el estado invalidante conforme a criterios técnicos, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.

Mediante el Decreto Reglamentario 1346 de 1994 y posteriormente a través del Decreto 2463 de 2001 se legisló sobre su integración, financiación y funcionamiento. Así mismo entraron en ejercicio de sus funciones a partir del 1° de abril de 1995, mediante el Decreto 303 de 1995. Es pertinente indicar que las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales, cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social.

El Decreto 917 de 1999, establece los parámetros que se deben observar para determinar si en un individuo se genera una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva o parcial y señala la norma que cualquier contingencia, debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, que pueden ser anteriores o corresponder a la fecha de calificación.

En el presente asunto la parte actora allegó un dictamen emitido por médico particular, en el cual se determina la enfermedad del demandante como de origen laboral y solicita sea tenido en cuenta para adoptar la decisión encaminada a acoger sus pretensiones.

Respecto de la validez de los dictámenes emitidos, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 3380 de 2019, ha manifestado:

“Es por lo anterior, que la Corte ha enfatizado que, si en un proceso se encuentran enfrentados dos dictámenes, el juez del Trabajo y de la Seguridad Social, en virtud de la libertad probatoria referida, está facultado para escoger lo establecido en el primero o en el segundo, e inclusive ordenar un tercero.

...Igualmente, como se adocrinó en la sentencia CSJ SL2049-2018, la formación del libre convencimiento con el principio de la sana crítica implica que el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables...”

Igualmente, en sentencia SL1966 de 2019, la referida Corporación indicó:

“Esta Sala no desconoce que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez son controvertibles, y es posible que el juez los analice a partir de otros elementos científicos de convicción, lo que bien puede permitir variar no solo la fecha de estructuración, sino además el grado de pérdida de capacidad laboral (CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 29328, CSJ SL 2496-2018), no obstante, el concepto médico que pretende anteponerse al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez no acredita en manera alguna una disminución de capacidad laboral”.

Ahora, se advierte que el Decreto 1295 de 1994 en su artículo 11, definió inicialmente qué se debía entender por enfermedad profesional. Sin embargo, en la sentencia C-1155 de 2008 la Corte consideró que el Gobierno había excedido las competencias extraordinarias conferidas por el Legislador “para organizar la administración” del sistema previsto en el artículo 139, numeral 11 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual lo declaró inexecutable,

reviviendo lo establecido en el artículo 200 del Código Sustantivo del Trabajo, que definió enfermedad profesional como:

“Todo estado patológico que sobrevenga como consecuencia obligada de la clase de trabajo que desempeña el trabajador o del medio en que se ha visto obligado a trabajar, bien sea determinado por agentes físicos, químicos o biológicos.”

Por otra parte, el artículo 2 del Decreto 2566 de 2009 previo que en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades profesionales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad profesional.

Las anteriores normas fueron acogidas por la Junta Nacional de Calificación para emitir su dictamen y establecer que la patología padecida por el actor era de origen común, dictamen que a juicio de la Sala no hay lugar a modificar en la medida que no se encuentran fundamentos de hecho, ni de derecho que conlleven a apartarse de tal determinación, correspondiéndole a las partes interesadas desacreditar a través de las pruebas idóneas el diagnóstico reportado por una entidad con conocimientos técnicos y científicos en el tema.

Adicionalmente se considera que no fue la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la que diagnosticó la enfermedad del actor, toda vez que no tiene competencia para ello, ni quien varió la patología estudiada con antelación por la Junta Regional, sino su dictamen se basó en la valoración previamente realizada por los médicos tratantes.

Así las cosas, advierte esta Sala que en nada erró la Juez de Primera instancia, al absolver a la Junta demandada de las pretensiones del actor, toda vez que el dictamen que expidió no comporta argumento para restarle validez probatoria, pues este se basó en el marco

normativo que regula la materia, así como en las enfermedades diagnosticadas, que corresponden al estado de salud del demandante al momento de ser evaluado.

En efecto el dictamen que realizó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó los porcentajes asignados por las deficiencias, discapacidades y minusvalías del demandante, la fecha de estructuración y el origen de esas patologías, por lo cual resulta evidente que no hay lugar a modificar ni declarar la nulidad de esa decisión, pues se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en la enfermedad diagnosticada al paciente, es por ello que ese dictamen es el que se debe acoger, pues es innegable que la conclusión a la que arribó la Junta demandada contiene la descripción, análisis y revisión de los citados aspectos que se tuvieron en cuenta para efectuar tal calificación, y en el mismo se aprecia concordancia entre la motivación o sustentación del dictamen con su decisión final, que resulta acorde con la historia clínica del paciente, por lo cual es forzoso acogerlo y en forma consecuente desestimar lo planteado en la demanda y en el recurso de la parte actora frente al origen de la enfermedad.

Debe la Sala precisar que no es viable tener como válido el concepto emitido por el médico particular del actor allegado con la demanda, como quiera que atendiendo lo establecido por el artículo 5.º del Decreto 917 de 1999, las Administradoras de Riesgos Laborales, las Empresas Promotoras de Salud (EPS), las Administradoras del Régimen Subsidiado (ARS), y las Juntas de Calificación de la Invalidez, son las entidades capacitadas y facultadas para realizar esos procedimientos, aunque no desconoce la Sala que al corresponder el dictamen a un medio de prueba, puede ser aducido como tal dentro del juicio laboral, en los términos de los artículos 51 del C.P.T. y S.S. y 227 del C.G.P., sin que la parte demandante en la petición de pruebas le hubiera dado esa connotación al referido documento, pues es evidente que solicitó de manera genérica tener como prueba el informe médico que aportaba.

Tampoco es posible restarle credibilidad al dictamen realizado por la accionada, bajo el argumento que no se hizo el análisis del puesto de trabajo, habida consideración que se evidenció que la Junta Nacional tomó en consideración las labores realizadas por el actor y su entorno para determinar con base en ello que las patologías son de origen común, pues como bien se señaló en ese dictamen fueron relacionadas las labores desempeñadas, así como su duración sin que de conformidad con lo previsto en la Ley 1562 de 2012 se pueda tener por acreditada la enfermedad laboral para proceder a su calificación como tal, toda vez que no se demostró una relación de causalidad para determinar factores de riesgo ocupacionales que permitan reconocer con ese carácter la enfermedad que aqueja al actor.

Tampoco es posible acoger el planteamiento del recurrente de tener en cuenta posteriores padecimientos diferentes a los que fueron objeto de evaluación en el dictamen objetado, concretamente los relacionados con trastornos de ansiedad y depresión, toda vez que sobre esos aspectos no versó el dictamen objeto de la demanda promovida por el actor.

En conclusión, se determina que no hay lugar a modificar ni declarar la nulidad del dictamen proferido por la Junta Nacional de Calificación, pues este se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en la enfermedad diagnosticada por el médico tratante, la cual como se evidenció es de origen común.

Por las razones expuestas, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá el 2 de septiembre de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YANETH CECILIA PEREZ
SANJUAN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 016 2018 00560 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de absolver a la entidad de toda condena, debido a que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba suficiente, que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado suministro la totalidad de la información clara y precisa

respecto de los efectos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media.

A su vez PORVENIR S.A., solicita se revoque en su integridad la sentencia, al sostener que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la entidad sea eficaz.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que en el presente caso de conformidad con el acervo probatorio la AFP Porvenir, no acreditó haber suministrado a la demandante la asesoría a que por Ley estaba obligada, en donde se le pusiera de presente las consecuencias que debía asumir por el traslado de régimen.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, y Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el día 24 de noviembre de 1963, se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Fondo Privado de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en el mes de mayo de 1994, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información clara, completa y oportuna.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, y 335 de la Constitución Nacional, los artículos 11 y 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502,1508,1510,1740,1604 del Código civil; así como la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación como aparece de folios 54 a 59, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda señalando de esta manera que el traslado realizado por la demandante se realizó de manera voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente, adicionalmente para la fecha de solicitud de traslado la accionante ya se encontraba dentro de la Ley 797 del 2003. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe, y genérica.

PROVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 66 a 80, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, por cuanto las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa o abusiva, sino obedeció al resultado de dichas disposiciones que regula el RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin justa causa, y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2020, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la parte demandante JANETH CECILIA PEREZ SANJUAN identificada con C.C.37.316.302 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el día 24 de mayo de 1994 y que tuvo vigencia desde el (1°) de junio de la misma anualidad, y en consecuencia se condena a tal fondo privado a trasladar la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibida por motivo de la afiliación de la actora al régimen de ahorro individual con solidaridad incluyendo los correspondientes intereses y rendimientos y en general todas las

sumas que con motivo de las cotizaciones se hayan decepcionado en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante JANETH CECILIA PEREZ SANJUAN a dicha administradora del régimen de prima media con prestación definida el cual se declara es el único válido en relación con la demandante y a recibir el saldo de la cuenta de ahorros individual de la misma como se ordenó en el numeral primero que antecede.

TERCERO: se declaran no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

CUARTO: se CONDENA en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por Secretaria incluyendo los montos de UN (1) SMLMV a cargo de PORVENIR S.A y de medio (1/2) SMLMV a cargo de COLPENSIONES.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cubre a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición, aunado a ello, resaltó que no es suficiente con la firma de afiliación ya que no demuestra ese deber de información, dando lugar de esta manera declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque la decisión proferida en primera instancia y se absuelva de las condenas impartidas, como fundamento argumentó que frente al caso de la demandante no se tuvieron en cuenta criterio importantes para determinar que la entidad si cumplió con el deber de información al momento del traslado del régimen pensional, así como también señaló que la actora conoció la posibilidad de hacer aporte voluntarios.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia al radicar su inconformidad en que se solicitan documentales que no existen que acrediten la información brandada por la AFP privada para el año

1994, situación que atenta contra la seguridad jurídica y la confianza legítima de terceros como Colpensiones, teniendo en cuenta que el único documento que existe para verificar el traslado el formulario de afiliación, por lo tanto manifestó que el traslado se realizó de manera libre, voluntario sin presiones e informado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado

pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos

97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 18,19 y 82, se evidencia formulario de afiliación a Horizonte hoy PROVENIR S.A., del 24 de mayo de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en mayo de 1994 recibió en su lugar de trabajo en el Banco Ganadero unos asesores del fondo Horizonte hoy Porvenir S.A., quienes realizaron una reunión a nivel general, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado la información clara, completa y oportuna.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR YOLANDA BUITRAGO RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A

RADICADO: 11001 3105 018 2018 00381 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de julio de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicita se revoque en su integridad la sentencia, al sostener que no le asiste razón al fallador de primera instancia, ya que no acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la entidad sea eficaz.

A su vez COLPENSIONES., solicita se revoque en su integridad la sentencia, al sostener que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecido en la Ley 797 de 2003, adicional a ello, resaltó que traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez sin que se pueda utilizar la propia culpa para beneficiarse.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que los fondos de pensiones no lograron probar que se haya suministrado a la accionante de manera idónea, la información completa y clara que incluyera los pro y los contra del cambio de régimen.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., en razón a que le suministraron información engañosa, incompleta y falsa. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el día 11 de septiembre de 1961, estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el mes de diciembre 1995, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión, situación que igualmente se presentó cuando se cambió a los Fondos de Pensiones Protección S.A., Porvenir S.A., Old Mutual.

Como fundamento normativo, citó las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 87 a 95, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la

demanda con fundamento en que la demandante se traslado al fondo de ahorro individual de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, y genérica.

COLFONDOS S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folios 118 a 124, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que el contrato de afiliación realizado por la demandante y la AFP es plenamente valida y produjo efectos jurídicos, puesto que todos los elementos para su existencia y validez sin que exista un vicio de consentimiento. Propuso las excepciones de validez de la afiliación, buena fe, prescripción, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, y la genérica.

OLD MUTUAL , contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 140 a 181, en el que señaló que en el caso en concreto para alegar la insistencia de una nulidad absoluta, debe configurarse un objeto o causa lícita, o una omisión de algún requisito o formalidad elementos que no se configuran en el acto jurídico celebrado. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

PROTECCIÓN S.A., dio contestación como aparece de folios 176 a 181, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento que durante su estancia en Colmena, pues la actora no manifestó inquietud alguna ni solicitó asesoría sobre su situación pensional, pese a que la entidad cuenta con la infraestructura humana y técnica suficiente para atender las necesidades de sus afiliados. Propuso como excepciones de inexistencia de nulidad por no configurarse un vicio en el consentimiento, prescripción, y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación según escrito incorporado a folios 192 a 199, en el que manifestó que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la

vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, no siendo caprichosa o abusiva, sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS. Propuso como excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa, y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de julio de 2020, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO:DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de YOLANDA BUITRAGO RODRIGUEZ identificada con la cedula 51.613.898 a AFP COLFONDOS S.A., suscrita el día 27 de noviembre del año1994, por los motivos expuestos en esta sentencia y en consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENARÁ a la OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a trasladar todos los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta individuales a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración, de acuerdo con la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual de conformidad con lo ordenado en precedencia.

CUARTO: DECLARAR NO probada la excepción de PRESCRIPCION relevándose el Despacho del estudio de los demás medios exceptivos, dado el resultado de la Litis.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada AFP COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., AFP PROTECCIÓN Y AFP PORVENIR S.A., señálense como agencias en derecho la suma \$1.000.000, suma que deberá pagar cada una de las demandadas a la parte demandante, a Colpensiones no se impone costas.

SEXTO: Contra la presente providencia procede el recurso de apelación, caso de que Colpensiones no apele esta sentencia, remítase al superior para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, proporcionando todo aquello que resulta relevante, así como también la carga de la prueba esta en cabeza de los fondos, ya que están en mejor posición para hacerlo, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de OLD MUTUAL. interpuso recurso de apelación con fundamento en que en el presente caso no existe un vicio del consentimiento al momento de afiliarse con el régimen de ahorro individual, motivo por el cual no es procedente declarar la ineficacia, pues lo informado al momento de afiliarse la actora con la AFP esta conforme a los lineamientos del estatuto orgánico financiero que establecieron las reglas generales para el deber de información que ostenta las administradoras de pensiones.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su integridad del fallo de primera instancia, manifestó que de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso la parte demandante tenía la obligación de probar los supuestos facticos esbozados en su escrito de demanda, situación que no fue cumplida en el presente caso, razón que no es posible demostrar que la administradora haya cumplido con su deber de información, resaltó que la ignorancia de la ley no sirve de excusa para pretender la ineficacia del traslado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con

lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula***

genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 148 y 201 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 26 de febrero de 2003, posteriormente a OLDMUTUAL el 15 de septiembre de 2014

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que recibió en su lugar de trabajo a unos asesores de Colfondos S.A., quienes le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar así como también podría obtener una mejor rentabilidad, sin que le dieran una información exacta, sostuvo que no reconoce los requisitos de Régimen de Ahorro y Prima Media con Prestación Definida, argumentó que al encontrarse lejos de pensionarse nunca profundizó en el tema.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de julio de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE**

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARÍA DOLORES GALINDO PARDO contra JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

EXPEDIENTE N° 11001 3105 020 2017 00692 02

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de septiembre de 2020.

En esta instancia la apoderada de la demandada COLPENSIONES allegó escrito para alegar de conclusión en el cual solicitó confirmar en su integridad la sentencia consultada, al considerar que no resulta viable el reconocimiento de la pensión de invalidez que se pretende en la demanda por no cumplirse con los requisitos legales para la configuración de ese derecho.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad del Dictamen N° 414 4923-7747 de fecha 30 de junio de 2017 proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, mediante el cual se

calificaron las enfermedades de Hipertensión Esencial Primaria y Visión Subnormal en ambos ojos, cuya pérdida de capacidad laboral se determinó en un 41.81% con fecha de estructuración del 22 de diciembre de 2015; igualmente solicitó declarar que reúne los requisitos de ley para acceder a la pensión de invalidez para lo cual reclamó dicha condena a cargo de la demandada COLPENSIONES.

Como fundamentos fácticos de tales pretensiones manifestó la demandante que cuenta con 67 años de edad y padece de Hipertensión y visión subnormal en ambos ojos por lo cual el 23 de enero de 2016 mediante Dictamen N° 41484922-6210 fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca con un 40.48% de pérdida de capacidad laboral de origen común con fecha de estructuración del 22 de diciembre de 2015, decisión que recurrió ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que profirió el Dictamen N° 414 4923-7747 de fecha 30 de junio de 2017 que determinó la pérdida de capacidad laboral en un 41.81% y mantuvo la fecha de estructuración; sostiene que la fecha de estructuración de acuerdo con su historia clínica debe ser del 2 de octubre de 2013 y el porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, así mismo informó que cuenta con 704.03 semanas de cotización ante Colpensiones de las cuales 111.86 corresponden a los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES dio contestación mediante escrito incorporado a folios 75 a 81 en el cual se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la actora fue debidamente expedido por la autoridad competente y debe ser tenido en cuenta, en el cual no se fijó el 50% establecido legalmente para acceder al derecho pensional. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica.

La JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, con escrito que obra a folios 258 a 278, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en su defensa sostuvo que la decisión emitida respecto al porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la demandante corresponde a la realidad clínica y personal de la paciente al momento de su calificación teniendo en cuenta los criterios técnicos y legales establecidos legalmente y según lo dispuesto en el Manual Único de Calificación. Propuso las excepciones de mérito de legalidad de la calificación emitida por la Junta Nacional, inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen, inexistencia de la obligación, buena fe de la demandada y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 14 de septiembre de 2020, el Juzgado profirió sentencia mediante la cual resolvió:

“PRIMERO: MODIFICAR el dictamen N° 41484922-7747 rendido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en el sentido de declarar que las patologías acaecidas por MARIA DOLORES GALINDO son de origen común con una pérdida de capacidad laboral del 45.09%, estructurada el 02 de octubre de 2017, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARIA DOLORES GALINDO identificada con cedula de ciudadanía No.41.484.922 de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual.

CUARTO: De ser o no apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

El a quo rechazó el dictamen aportado como prueba con la demanda al considerar que no reunía los requisitos de ley, decisión que fue objeto de recurso y confirmada por esta Corporación, así mismo mediante auto del 1° de abril de 2019 decretó de oficio un nuevo dictamen pericial para que fuera rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, en el cual se dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 45.09% con fecha de estructuración del 02/10/2017; el cual fue acogido en la sentencia para disponer la absolución de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se pronunciará la Sala en grado de consulta frente a la sentencia proferida por el Juzgado para determinar si le asiste derecho o no a la demandante a que se determine en un porcentaje igual o superior al 50% su pérdida de capacidad laboral y en esa medida se ordene el reconocimiento pensional pretendido.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, se crearon las juntas calificadoras del estado de invalidez, a través de los artículos 42 y 43 de la citada normatividad, entidades a las que se les encomendó por parte del Legislador determinar el estado invalidante conforme a criterios técnicos, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado de desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral. Mediante el Decreto Reglamentario 1346 de 1994 y posteriormente a través del Decreto 2463 de 2001 se legisló sobre su integración, financiación y funcionamiento. Así mismo entraron en ejercicio de sus funciones a partir del 1° de abril de 1995, mediante el Decreto 303 de 1995. Es pertinente indicar que las Juntas de Calificación de Invalidez constituyen el fundamento jurídico autorizado, de carácter técnico científico, para proceder con el reconocimiento de las prestaciones sociales, cuya base en derecho es la pérdida de la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social.

El Decreto 1507 de 2014, vigente para la fecha en que se efectuó la calificación de pérdida de la capacidad laboral de la demandante tanto en primera como en segunda instancia, establece los parámetros que se deben observar para determinar si en un individuo se genera una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva o parcial y señala la norma que cualquier contingencia, debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, que pueden ser anteriores o corresponder a la fecha de calificación.

En el presente asunto se acredita documentalmente que la demandante fue calificada inicialmente por Colpensiones, el 10 de mayo de 2016, entidad que dio aplicación a lo dispuesto por el Decreto 019 de 2019 y dispuso que el Grupo Medico Laboral efectuara tal calificación en la cual se determinó la pérdida de capacidad laboral de la afiliada en un 40.5% por enfermedad común (Hipertensión Esencial Primaria y Visión Subnormal de ambos ojos) y con fecha de estructuración del 30 de enero de 2015 (fls. 18-23).

El referido dictamen fue objetado por la demandante y en ese sentido se remitió a la Junta Regional de Calificación de Bogotá y Cundinamarca, entidad que el 27 de diciembre de 2016 expidió el Dictamen 41484922-6210 del 23 de diciembre de 2016, en el que fijó la pérdida de capacidad laboral de la demandante en un 40.48% por enfermedad común con fecha de estructuración del 22/12/2015. (fls. 28-30)

Contra el referido dictamen la apoderada de la actora interpuso recurso de apelación, en virtud del cual la Junta Nacional de Calificación de Invalidez el 30 de junio de 2017 emitió el dictamen 41484922-7747, en el que determinó la pérdida de capacidad laboral en el 41.81% por enfermedad común y mantuvo la fecha de estructuración. (fls. 45-53)

El a quo inicialmente ordenó a la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia “*emitir el dictamen de pérdida de la capacidad laboral a la demandante previo examen físico y médico con base en el expediente de Calificación.*”), para posteriormente al acceder a la solicitud de la apoderada de la demandante, disponer que fuera la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá la que lo expidiera, entidad que el 13 de julio de 2019 con dictamen N° 000251-2019 fijó la pérdida de capacidad laboral de la demandante de un 45.09%, con fecha de estructuración 02/10/2017, por las enfermedades de origen común relacionadas en su historia clínica. (fls. 315-319)

Respecto de la validez de los dictámenes emitidos, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 3380 de 2019, ha manifestado:

“Es por lo anterior, que la Corte ha enfatizado que, si en un proceso se encuentran enfrentados dos dictámenes, el juez del Trabajo y de la Seguridad Social, en virtud de la libertad probatoria referida, está facultado para escoger lo establecido en el primero o en el segundo, e inclusive ordenar un tercero.

...Igualmente, como se adoctrinó en la sentencia CSJ SL2049-2018, la formación del libre convencimiento con el principio de la sana crítica, implica que el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad, que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables...”

Igualmente, en sentencia SL1966 de 2019, la referida Corporación indicó:

“Esta Sala no desconoce que los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, son controvertibles, y es posible que el juez los analice a partir de otros elementos científicos de convicción, lo que bien puede permitir variar no solo la fecha de estructuración, sino además el grado de pérdida de capacidad laboral (CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 29622, CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 29328, CSJ SL 2496-2018), no obstante, el concepto médico que pretende anteponerse al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no acredita en manera alguna una disminución de capacidad laboral”.

Así las cosas, advierte esta Sala de Decisión, que en nada erró la Juez de Primera instancia, al absolver a la Junta demandada de las pretensiones de la actora encaminadas a obtener un porcentaje

superior al 50% de pérdida de capacidad laboral, toda vez que dicho dictamen no comporta argumento para restarle validez probatoria, pues se basó en el marco normativo que regula la materia, así como en las enfermedades diagnosticadas, y en los análisis realizados por los médicos tratantes que se evidenciaron en la historia clínica, los que corresponde al estado de salud de la actora al momento de ser evaluada.

En efecto las conclusiones contenidas en el dictamen que realizó la Junta Nacional de Calificación de Invalidez se corroboran con las que expuso la Junta Regional de Calificación de Boyacá en el nuevo dictamen que ordenó el a quo, decisiones que se acompasan con el marco normativo que regula la materia, así mismo tienen en cuenta la enfermedad diagnosticada a la paciente, es por ello que la conclusión de esos dictámenes al establecer tanto el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral de la actora, como la fecha de su estructuración, contienen la descripción, análisis y revisión de los citados aspectos que se tuvieron en cuenta para efectuar tal calificación, y en los mismos se aprecia concordancia entre la motivación o sustentación con su respectiva decisión final, que resulta acorde con la historia clínica de la paciente, por lo cual es forzoso desestimar lo planteado en la demanda frente al porcentaje de esa calificación.

Ahora bien, como en este caso la segunda pretensión de la demanda estuvo encaminada a obtener de Colpensiones el pago de una pensión de invalidez, es claro que al no contar la afiliada con el porcentaje igual o superior al 50%, es evidente que no cuenta con el derecho para acceder a ese reconocimiento, como lo determinó el Juzgado en la sentencia consultada, razones por la que se confirmará.

Sin Costas en la consulta.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de septiembre de 2020, conforme se expuso.

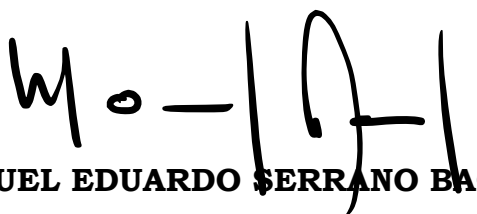
SEGUNDO: SIN COSTAS en la consulta.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ULDI TERESA JIMENEZ LOPEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS.

RADICADO: 11001 3105 021 2019 00261 01

Bogotá D. C., treinta (30) de abril de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de agosto de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que en primer lugar que no existe prueba que permita acreditar que existió o no algún vicio de consentimiento entendido como el deber de información, aunado a ello resaltó que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento que se encuentra en el formulario de afiliación, para probar el conocimiento libre, voluntario, sin presiones e informado, se refirió sobre la descapitalización del sistema para manifestar que resulta en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

A su vez PORVENIR S.A., sostuvo que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ya que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media al de ahorro individual se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal como se expresa en el formulario de afiliación suscrito por Colfondos, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho formulario válido.

El apoderado de la demandante solicitó la confirmación de la decisión recurrida por las entidades demandadas, al considerar que el material probatorio recaudado en el juicio se ha desarrollado una actividad contundente que permita probar que la demandante, recibió una completa, clara y suficiente información al momento de vinculación o traslado de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., el 28 de septiembre de 1994, así como también el traslado efectuado el día 4 de julio de 1998 a PORVENIR S.A., solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 10 de noviembre de 1960, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 28 de septiembre de 1994, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que el asesor de ese Fondo le hubiera indicado las desventajas y consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen pensional, situación que igualmente se presentó cuando se cambió al Fondo de Pensiones Horizonte hoy Porvenir S.A., el 4 de julio de 1998.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional, los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las Sentencia de la H. Corte

constitucional T-818 de 2007, T-398 de 2009, el Decreto 720 de 1994; así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 12136 de 2014, 17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación como aparece de folios 134 a 154, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la entidad le brindo a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de trasladarse de régimen, la que se le informó las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen pensional, así como también el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Propuso las excepciones de falta de legitimidad en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, buena fe, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento, saneamiento de cualquier nulidad de la afiliación, y la genérica.

COLPENSIONES., allegó el escrito de contestación que obra a folios 162 a 180, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que no obra prueba alguna en donde se hubiese hecho incurrir en error a la demandante por falta al deber de información por parte de la AFP o que se presente un vicio en el consentimiento, así como tampoco se evidencian solicitudes de inconformidad por parte de ésta. Propuso las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de ahorro individual, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 209 a 323, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la demandante no arrima al plenario prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, razón que permite establecer que se encuentra afiliada al RAIS válidamente, sin que haya lugar a declarar la nulidad o ineficacia. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de

nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de agosto de 2020, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ULDI TERESA JIMÉNEZLÓPEZ al régimen de ahorro individual el 28 de septiembre de 1994 y fecha de efectividad a partir del 01 de octubre de 1994, por intermedio de la COLFONDOS S.A, PENSIONES Y CESANTÍAS y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

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

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES lo descontado de la cuenta de ahorro individual del actora por concepto de gastos de administración y de traslado. Para ello se concede el término de un (1) mes.

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

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES Y PORVENIR S.A

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES. ”

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen

y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, en cuanto al numeral segundo en el cual ordena la devolución por parte de porvenir de los gastos de administración en el sentido que esos gastos fueron debidamente soportados dentro del proceso ya que fueron destinados a la pensión de invalidez y sobrevivencia riesgos que se encontraron cubiertos mes a mes durante el termino de vigencia de la demandante con la entidad.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su totalidad al señalar que con el traslado no se incurrió en ninguna prohibición legal que lo impidiera, ya que el mismo se hizo en los términos del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, conforme al Decreto 692 de 1994, cumpliéndose el deber de información, aunado a ello manifestó que a la fecha del traslado la demandante no tenía derechos adquiridos siendo muy difícil hacer proyecciones a futuro, se refirió sobre la descapitalización del sistema para manifestar que ocasiona consecuencias financieras.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de

incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento

al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el 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.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 230 y 231 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 28 de septiembre de 1994 y posteriormente a HORIZONTE. hoy PORVENIR S.A., de fecha 28 de septiembre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1994 recibió en su lugar de trabajo unos asesores de Colfondos S.A, mediante asesoría individual le informaron que se podía pensionar de manera anticipada y con mejor pensión que en el Seguro Social, que tendría un privilegio extra en el sentido de que en el evento de fallecer su familia podría heredar dichos aportes, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y por eso suscribió el formato de afiliación; posteriormente en el año 1998, recibió la visita en su puesto de trabajo de un asesor de Horizonte quien dijo ofrecerle mejor rentabilidad, pero finalmente no le dieron en ese nuevo Fondo ninguna información diferente a la que ya había recibido.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación de los diferentes fondos de pensiones ya mencionados, debido a los traslados horizontales realizados por la demandante, los mismos no resultan suficientes, esto de conformidad a los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias sl 17595-2017 Y sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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 ésta 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.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de agosto de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.