



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

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

Ref.: Radicación N° 11001 31 05 023 2019 00324 01. Proceso Ordinario Fernando Cárdenas Rivera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad inducido a error por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., entidad que omitió su obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad y suficiencia acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen

pensional, y que es nulo el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que efectuó en el mes de julio de 1999; se disponga su retorno automático al régimen de prima media con prestación definida, se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación y a la Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones los valores que hubiere recibido en condición de Administradora del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con motivo de su afiliación.

En lo que interesa al asunto, como sustento de sus pretensiones afirmó que se afilió al régimen de prima media con prestación definida que administraba el ISS desde el 7 de mayo de 1990 en el que efectuó cotizaciones a través de distintos empleadores hasta el mes de abril de 1997 y en el que permaneció hasta que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Afirmó luego de ser abordado en la empresa para la que trabajaba por un Asesor de la AFP Porvenir S.A., quien afirma le indicó que el Régimen de Ahorro Individual le era mas beneficioso en tanto contaba con posibilidades más favorables en materia pensional, permitiéndole acceder a su derecho pensional en una fecha anterior a la prevista en ese momento para los afiliados del ISS y en cuantía también superior a la que podría generar de permanecer en el régimen de prima media.

Indicó que el Asesor de la AFP Porvenir S.A. que adelantó su traslado de régimen le manifestó que el régimen pensional administrado por el ISS sería reformado, incrementando los requisitos para acceder al derecho pensional, en edad y semanas mínimas de cotización y que la tasa de remplazo se reduciría.

Que el Asesor de la referida AFP omitió informarle que su derecho pensional quedaba condicionado a la redención de su bono pensional, cuya fecha de

redención normal sería a los 63 años de edad y que si bien se podría redimir en forma anticipada, ello implicaba recibir un valor inferior al monto real y además omitió realizar una proyección en la que acreditara que el régimen de ahorro individual le ofrecía en realidad condiciones más favorables.

Una vez notificadas, las demandadas dieron respuestas a la acción en oposición a las pretensiones oportunamente; Colpensiones¹ adujo en esencia que la afiliación del accionante al RAIS era válida en tanto se realizó de manera libre, espontánea y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, entre otras.

Por su parte la AFP Porvenir S.A. adujo que brindó al accionante una asesoría integral acerca de los funcionamiento características y modos de pensión del RAIS y que el traslado no está inmersa en vicios del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, enriquecimiento sin causa, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el accionante al Régimen de Ahorro Individual son solidaridad y ordenó el traslado de los aportes a Colpensiones, al considerar en esencia de un lado, que de acuerdo con el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia las administradoras tienen el deber de suministrar al afiliado información clara, cierta y comprensible, y que conforme lo dispuesto en el artículo 1604 del Código Civil en estos asuntos opera la inversión de la carga de la prueba y que en el asunto la demandada Porvenir S.A no acreditó el cumplimiento de tal obligación.

¹ Cfr fls 70 a 80

Inconforme con la anterior determinación, las apoderadas de Porvenir S.A. y Colpensiones, interpusieron recursos de apelación, lo cuales les fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Porvenir S.A. solicita se revoque la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada, pues además de que el formulario de afiliación es un documento válido, que se presume auténtico, dentro del plenario no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento y la información suministrada fue clara, completa y comprensible de acuerdo con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de la misma anualidad.

Sostiene que el caso fue analizado bajo una línea jurisprudencial que no corresponde, dado que la afiliación se produjo en el año 1999, fecha para la que no existía la obligación de la doble asesoría, ni la simulación de proyecciones, y que a su representada no le era dado rechazar la afiliación pues conforme con el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ello le podía acarrear sanciones, a menos de que el demandante encontrara inválido o le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez.

De otra parte indicó que los gastos de administración no hacen parte integral de la pensión, en tanto no la financian y que en tal sentido estarían prescritos y que además con los mismos se cubre el valor de las pólizas de los seguros de invalidez y muerte.

Por su parte la apoderada de la parte adujo que en el asunto no existían elementos que acrediten la existencia de algún vicio del consentimiento o

dolo, en tanto no existía una expectativa legítima, como quiera que para el momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, que así mismo el accionante no era beneficiario del régimen de transición, para que procediera su retorno en cualquier tiempo y que en razón a ello debe someterse al mandato general del régimen al cual se encuentra afiliado.

Solicita que se tenga en cuenta que el demandante al absolver interrogatorio de parte indicó que su principal motivación para trasladarse al régimen de prima media es la mesada pensional, teniendo en cuenta la sentencia que emitió el Tribunal Superior de Pereira.

Que además para la fecha en que se produjo el traslado las AFP solo tenían la obligación de brindar información al momento del traslado sobre las condiciones, y que se evidencia que el demandante decidió continuar cotizando por más de 20 años al RAIS de manera libre y voluntaria

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la que, la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demanda en los aspectos no recurridos.

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

CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga²,

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

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

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

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

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

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque

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

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

un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Porvenir S.A. debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, sin que sea de recibo el argumento que expone la recurrente relativo a que esa condición para ese momento no era exigida legalmente, pues de acuerdo con el artículo 97 del Decreto Ley 663 de 1993, para ese momento ya tenían la obligación de “...*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado.*”

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción entre la ineficacia del traslado y la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues el deber de información se ha de verificar frente a todo afiliado sin distinción alguna.

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la AFP Porvenir S.A quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los

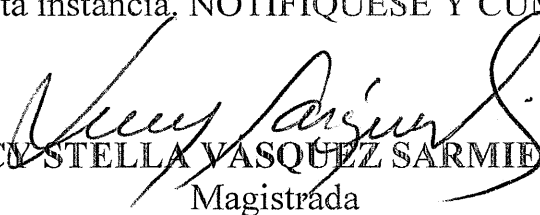
deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia. **NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

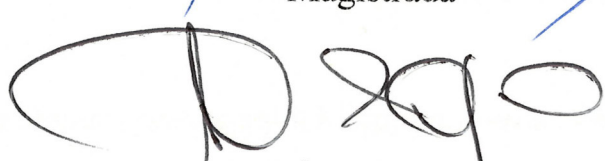

LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-023-2019-00324-01. Proceso Ordinario Fernando Cárdenas Rivera contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Solve voto
por el*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Ref.: Radicación N° 11001310500220170048601. Proceso Ordinario de Sandra Constanza Alvarado Vera contra General Motors - Colmotores S. A.. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

SANDRA CONSTANZA ALVARADO VERA convocó a GENERAL MOTORS - COLMOTORES S. A., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, reconocimiento y pago de salarios y reajuste de cesantías e intereses, vacaciones, primas y bonificaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, aportes a seguridad social de toda la relación de trabajo; totalidad de indemnización por despido; indemnización moratoria; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Laboró para la demandada mediante contrato a término indefinido desde el 2 de abril de 2007 hasta el 26 de julio de 2016 cuando finalizó por decisión unilateral de la empleadora sin justa causa, desempeñando como último cargo el de supervisor gms & plan de sugerencias y devengando un salario mensual de \$10'270.205.00; y la empleadora adeuda lo reclamado sobre la totalidad del salario efectivamente devengado de toda la relación de trabajo.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 10 de octubre de 2017. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que acepta unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, buena fe y prescripción.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 15 de noviembre de 2018, CONDENANDO a la demandada a pagar cesantías, vacaciones e indemnización moratoria. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. DECLARÓ parcialmente probada la excepción de prescripción y le impuso costas.

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales se concedieron.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS:

Sostuvo el impugnante de la activa en lo que interesa a la alzada que, en el contrato de trabajo se planteó cláusula de exclusividad para con la demandada, sin que se hubiese allegado contrato con otra entidad, suponiendo el juzgado que estuvo laborando en Brasil, cuando se encontraba expresamente prohibido. Durante la vigencia de toda la relación, incluida la prestada en el exterior, la empleada devengó salarios, prestaciones y se le hicieron aportes a la seguridad social y cajas de compensación que no son propias de la suspensión del contrato. No existe acuerdo escrito de salario integral y tampoco se sabe cuándo inició, suponiendo el juzgado empezó el 1 de enero de 2012 hasta la terminación del vínculo, algunos no corresponde a los parámetros establecidos y no existe documento que acredite el pago de cesantías que verifiquen el traslado de salario ordinario a integral. En el contrato se consignó que toda variación de la remuneración del empleado y demás modificación se haría constar por escrito, sin que este se hubiese allegado. El valor reconocido por vacaciones por el periodo 2012 – 2015, no es acorde con el salario devengado por la trabajadora. Insistiendo en el reconocimiento de prima de servicios, cesantías e intereses con la sanción por no consignación a un fondo. Finalmente solicita se ajuste la indemnización moratoria de acuerdo con el valor del último salario devengado.

Sostiene por su parte la impugnante de la pasiva que no se debió imponer condena por concepto de cesantías ya que la empleadora sí las canceló

cuando se produjo el cambio de modalidad contractual como lo acredita el material probatorio obrante al expediente, el cual también deja en evidencia los pagos de vacaciones que disfrutó la trabajadora luego de regresar de licencia. No existe prueba que acredite que la convocada haya actuado de mala fe para la imposición de indemnización moratoria ya que canceló todas y cada una de las acreencias laborales.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

Las manifestaciones expuestas por el apelante de la activa para desconocer la decisión del juzgado en punto a la negativa de las súplicas correspondientes al lapso 1 de enero de 2008 a 31 de diciembre de 2011, no constituyen razones válidas para infirmarla sin entrar a estudiar las consideraciones que tuvo en cuenta para ello, ya que no sólo se trata de razonamientos que no fueron planteados en el escrito genitor, sino diferentes a los estimados por el juzgado en la decisión cuestionada.

La acción se instauró para obtener reconocimiento y pago de salarios, y reajuste de cesantías e intereses, vacaciones, primas y bonificaciones, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, aportes a seguridad

social de toda la relación de trabajo, totalidad de indemnización por despido, sustentado para ello en la simple y única tesis de que la empleadora los adeuda sobre la totalidad del salario efectivamente devengado en toda la relación de trabajo.

Para desatar la controversia que a la postre resultó adversa a los intereses de la activa durante ese periodo, es decir, del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011, el juzgado consideró en los planteamientos que expuso para tal efecto, la suspensión del contrato de trabajo por solicitud expresa y exclusiva de la trabajadora.

Los planteamientos de la impugnación, no solo no corresponden a los supuestos de hecho con los que se pretendió acceder a la pretensión en la demanda primigenia, sino que constituyen una pretensión totalmente diferente a las peticionadas, por lo tanto, constituyen hechos nuevos que no fueron controvertidos en la primera instancia, y en consideración a ello no pueden ser tenidos en cuenta en esta segunda instancia, por lo que resulta oportuno recordarle al impugnante que, i) los medios de impugnación no se instituyeron para sopesar los yerros de las partes, sino para cuestionar las decisiones que en ejercicio de la facultad de administrar justicia adopte el juez, en aquello que se le sea desfavorable a alguna de ellas, siempre y cuando se base en los presupuestos fácticos y jurídicos que se le plantearon para adoptar la decisión; y, ii) el principio de congruencia de la sentencia, en virtud del cual el juez no puede salirse de los hechos objeto de debate, por esa razón resultan inoportunos sus planteamientos, ya que si bien el juez haciendo uso de la facultad oficiosa que solo a él compete, en aplicación del principio ultra y extra petita puede reconocer derechos diferentes o emolumentos superiores a los reclamados, para ello debe apoyarse en los presupuestos fácticos que sustentan la acción,

máxime cuando la aplicación facultativa de este principio se encuentra reservada única y exclusivamente al juez de primera instancia.

La sinopsis expuesta lleva a concluir, que las inconformidades planteadas por el recurrente no pueden desquiciar las razones expuestas por el juzgado para desestimar las pretensiones por este aspecto puntual, lo que conlleva igualmente la improsperidad de la impugnación dirigida a la solicitud de reconocimiento de prima de servicios, cesantías e intereses con la sanción por no consignación a un fondo, por ese periodo, es decir, del 1 de enero de 2008 al 31 de diciembre de 2011.

Frente al tema de salario integral que encontró acreditado el aquo, diverge el impugnante de la activa sustentado en que no existe pacto escrito; el juez unipersonal asumió que inició el 1 de enero de 2012 hasta la terminación del vínculo, no existe documento que acredite el pago de cesantías que verifiquen el traslado de salario ordinario a integral, y que en el contrato se consignó que toda variación de la remuneración del empleado y demás modificación se haría constar por escrito, sin que este se hubiese allegado.

Conforme la regulación contenida en el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 que subrogó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, reglamentado por el artículo 1 del Decreto 1174 de 1991, el pacto de salario integral debe constar por escrito <<sin que para ello sea necesario que obre en el mismo texto del contrato, ya que puede obrar en otro escrito que lo integre o complemente desde la misma oportunidad que se suscribe o porque posteriormente se cambie a esa modalidad remunerativa del servicio>>, sin que la suma entregada al momento que se empieza a reconocer, sea inferior diez (10) salarios mínimos legales



mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía, que en la práctica corresponde a trece (13) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La Máxima Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad del trabajo había considerado que, para derivar los efectos de esa modalidad retributiva del servicio se requería que constara “*por escrito la expresión inequívoca de convenir una remuneración global, sin repercusiones prestacionales en todo o en parte*” (Sentencia del 18 de septiembre de 1998 dentro del radicado N° 10837), posteriormente empezó a hacer tesis la posición que para su validez no se requería esa formalidad, en cuanto podía determinarse de otro escrito que lo evidencie aun por iniciativa del empleador que paralelamente refleje incluso la aceptación tácita del empleado, o que por la actitud reflejada por las partes se evidencie su intención en tal sentido. (Sentencias 40259 de 2011, 37592 de 2012, 4235 de 2014, 4594-2016).

En pronunciamiento más reciente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2804-2020 del 22 de julio de 2020 dentro del Radicado N° 72466 da un giro a su jurisprudencia, exigiendo nuevamente que para derivar la existencia del salario integral, se requiere la acreditación del documento que soporte el pacto, al considerar que “*no solo debe constar por escrito para su existencia (formalidad ad substantiam actus o ad solemnitatem) sino que su prueba no puede suplirse por un medio distinto al acto de constitución (formalidad ad probationem).*”.



En consideración a los postulados legales y Superiores que rigen y orientan la ejecución de las relaciones laborales, de primacía de la realidad y buena fe-lealtad, corresponde al juez del trabajo como director del proceso establecer la verdad real de la relación jurídica que sostuvieron las partes en litigio.

El primer postulado está orientado a garantizar la prevalencia de lo que revela los hechos sobre lo que informa los documentos, sin que se reserve a un sujeto en particular, considerando que la relación de trabajo es bilateral. El principio de buena fe lealtad *“Es una noción de un contenido ético específico, que ha de ser tanto objetivo como subjetivo. ‘supone una noción de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Más aún: implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas, ni abusos ni desvirtuaciones’. O sea que se trata de una actitud personal ante los demás, consciente, responsable y recta.(...)Pero insiste la doctrina, de manera unánime, que esta buena fe-lealtad debe ser recíproca y mutua, y que obliga tanto al trabajador como al patrono y a los representantes de éste...”*.

La posición jurisprudencial que venía exponiendo la tesis de que la validez de salario integral no queda circunscrita a la acreditación de la formalidad o ritualidad de pacto expreso escrito, es armónica con los postulados que orientan las relaciones de trabajo, considerando que son las situaciones particulares del caso las que permiten establecerlo con acierto jurídico, ya que es función del juez del trabajo establecer la verdad real de acontecimiento de los hechos, preservando de esa manera el equilibrio de las partes intervinientes en la relación jurídica de trabajo.

En el caso objeto de análisis aunque no aparece pacto expreso escrito de salario integral, se encuentra acreditado hasta la saciedad como lo deja en evidencia la prueba documental, no desconocida ni tachada de falsa, y la propia versión de la accionante al absolver interrogatorio de parte, que desde que se reincorporó a su actividad con la empleadora y hasta la finalización del vínculo, siempre tuvo conocimiento de que la retribución del servicio lo fue bajo esa modalidad salarial, sin recibir los demás derechos que derivan de la percepción de un estipendio ordinario, y durante ese lapso que perduró por espacio de más de cinco años, no mostró reparo u objeción de ninguna naturaleza, precisamente porque el monto que a ese título se le reconoció fue superior al mínimo previsto en la ley sustantiva del trabajo para que ese pacto sea válido; situación de pleno conocimiento de la empleada, pues pese a que indica en su jurada que siempre fue nivel 6 aduciendo que este jamás se remunera bajo la modalidad integral, acepta que desde su reincorporación se desempeñó en ese nivel al ponérsele en conocimiento los documentos, en donde consta que el salario era superior al equivalente del mínimo integral que regula el ordenamiento sustantivo del trabajo.

Lo expresado permite concluir que el servicio se retribuyó bajo la modalidad de salario integral y no bajo remuneración ordinaria como pretende la actora, y la manifestación del impugnante de inexistencia de pago de cesantías no lo revierte, ya que su liquidación definitiva como de las demás prestaciones causadas a la fecha de cambio a salario integral prevista en el numeral 4º del artículo 18 de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, se sustenta en que a partir de ese momento los derechos prestacionales que se derivan de la existencia del contrato de trabajo pierden vigencia pues con el reconocimiento de esa modalidad salarial surge el pago anticipado de

esos conceptos; por esa razón la inobservancia de ese requisito no implica su ineficacia, ya que lo que surge para el empleado es el derecho legítimo de exigirlo, es decir, lo que se consagra a su favor, es la exigibilidad de los valores que por concepto de prestaciones le correspondan a la data en que empieza el reconocimiento de salario integral, de suerte que si no lo hace dentro del término de exigibilidad que dispone el ordenamiento sustantivo y procesal del trabajo, puede configurarse su prescripción.

En el mismo derrotero, la manifestación del impugnante de que en el contrato de trabajo aparezca consignado que la variación de la remuneración y demás modificación se harían constar por escrito, no le quita eficacia al rubro cancelado bajo la modalidad integral, pues ello equipararía desconocer los postulados legales y Superiores que orientan las relaciones de trabajo enunciados, lo que aparece como consecuencia ante la evidencia del salario integral retributivo del servicio, la no causación de prestaciones en que insiste el impugnante de la activa.

En punto a la condena irrogada por concepto de vacaciones que ameritó reparo conjuntamente para los impugnantes, la convocada pretendiendo su revocatoria apoyada en su pago, y la convocante reclamando un mayor valor sustentada en que el periodo 2012 – 2015 no se hizo acorde con el salario devengado, le asiste razón a la primera, ya que de acuerdo con la documental incorporada, particularmente la relacionada con los pagos periódicos realizados a la trabajadora durante ese interregno (folios 133 a 137), se reitera, no desconocida ni tachada de falsa, se constata el reconocimiento y pago del rubro acorde con lo devengado; razón suficiente para derruir la condena impuesta por el aquo.

En relación con la inconformidad de la impugnante de la pasiva respecto de la condena impuesta por el juzgado por concepto de cesantías del año 2007, sin mayores consideraciones está llamada a la prosperidad, ya que la demandante al absolver interrogatorio de parte <<minuto 20:30/43 CD N° 1), confesó que en febrero de 2008 se efectuó su consignación a Colfondos por ese concepto, lo que significa sin asomo de duda, que correspondió a ese rubro del año inmediatamente anterior, es decir, las cesantías correspondientes al anualidad 2007 como lo exige el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

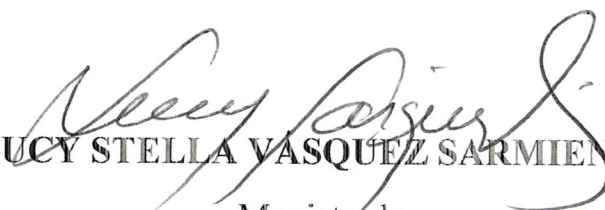
Finalmente, la condena por concepto de indemnización moratoria impuesta por el juzgado, objeto de inconformidad conjunto para los impugnantes, la convocada pretendiendo su revocatoria y la convocante reclamando su ajuste de acuerdo con el último salario devengado, prospera el reclamo de la primera, ya que su reconocimiento lo sustentó el aquo en la única condena que de acuerdo con el ordenamiento positivo del trabajo la justifica, valga decir, el no pago de la prestación de cesantías, que al encontrarse acreditado su reconocimiento, conlleva como consecuencia su revocatoria al desaparecer el sustento que le da origen.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, en su lugar **ABSUELVE** a la demandada.



Sin costas en la alzada. Las de primera a cargo de la activa, que fijará el juzgado de conocimiento. Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-004-2018-00807-01. Proceso ordinario de Yolanda Escobar Briceño contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 10 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que la ineficacia de su afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y que se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación



definida administrado por Colpensiones; se condene a Porvenir S.A. a registrar en su sistema que su afiliación estuvo viciada de nulidad y a trasladar la totalidad de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos e intereses, y a Colpensiones a activar su afiliación y a actualizar su historia laboral teniendo en cuenta las cotizaciones que se efectuaron en su favor al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En subsidio de la pretensión relativa a la declaratoria de la nulidad solicitó se declare la ineficacia del traslado.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en esencia que nació el 12 de noviembre de 1964, que se afilió al entonces Instituto de Seguros Sociales el 6 de septiembre de 1984, en donde permaneció hasta el mes de abril de 1997 cuando se le persuadió por parte de Porvenir S.A. para que se afiliara al RAIS

Indicó que el asesor de Porvenir S.A. no le informó las implicaciones de su traslado de régimen, la naturaleza propia de ese régimen, las desventajas y riesgos del régimen de ahorro individual con solidaridad, ni la ilustró acerca de los distintos escenarios comparativos de pensión en uno y otro régimen.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que desconocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se brindó la asesoría del régimen de ahorro individual y que en razón a ello debía probarse el engaño u omisiones en que pudo incurrir la AFP Porvenir S.A. Propuso en su defensa las excepciones de: validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.

¹ Cfr fls 91 a 99



Por su parte la AFP Porvenir S.A. adujo que no existen razones jurídicas o fácticas que conduzcan a decretar la ineficacia o la nulidad del traslado de régimen pensional, pues la decisión de traslado se efectuó en forma consciente y espontánea, sin presiones o apremios y en cumplimiento de los requisitos legales que se hallaban vigentes. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones y como consecuencia de ello condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración; y se condenó a ésta última entidad a aceptar dicho traslado.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia qué, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de proporcionar la información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible acerca de las consecuencias del traslado de régimen y que en el asunto no se acreditó tal situación.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. aduce que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual obedeció a una decisión libre y



voluntaria de parte de ésta, siendo a su juicio claro que recibió información de manera verbal, previo al diligenciamiento del formulario de afiliación, el que además afirma cumplía con todos los requisitos de ley.

Aduce que en la carta que se le remitió a la demandante, y a pesar de conocer su contenido, ésta optó por no trasladarse de régimen; a pesar de que nunca se le sugirió que continuara afiliada al RAIS, sino que si no que se le estaba indicando que si el salario no va a variar o si no había certeza de la posibilidad de continuar efectuando aportes, no le podría ser conveniente continuar en Porvenir, indicados en los diversos extractos financieros para que solicitara información adicional o corroborara la que le había sido suministrada.

Agrega que la ley no las obligaba a dejar pruebas o documentos adicionales al formulario de afiliación y que al solicitar documentos inexistentes para la fecha de afiliación se le estaría obligando a lo imposible y que la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que el deber de información ha ido mutando y que en tal sentido su presentada ha cumplido a cabalidad con lo dispuesto en la ley.

De otra parte, señala que los gastos de administración tienen sustento jurídico en la Ley 100 de 1993 y su devolución implica un perjuicio injustificado en favor de la demandante, máxime cuando su representada ya dichos valores, puesto que fueron destinados para el fin pretendido, como lo es la adquisición de seguros previsionales y realizar las distintas operaciones financieras.

Por su parte la apoderada de Colpensiones aduce que se debe tener en cuenta que la afiliación no es un acto unilateral, sino que conlleva una obligación para ambas partes, no solo para las administradoras de fondos de pensiones,



sino también para quien se afilia, de acuerdo con lo que para el efecto establece el artículo 1495 del C.C.

Solicita se tenga en cuenta el precedente jurisprudencial expuesto en la sentencia SL28 de 2019, en donde se hace alusión a la afiliación tácita cuando se guarda silencio frente a las deficiencias de la afiliación; y en el asunto al absolver interrogatorio de parte señaló que una vez se le ofrecieron los servicios del fondo de pensiones, nunca procedió a acercarse al ISS para corroborar algún tipo de información respecto del traslado que iba a realizar.

Que así mismo, esa misma Corporación señaló que el afiliado también tiene la obligación de concurrir debidamente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional; que el artículo 9° del C.C. señala que la ignorancia de las leyes no es excusa, y que, en concordancia con tal precepto, el artículo 1509 de la misma obra, señala que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

Agregó que para el momento en que se produjo el traslado de la demandante, su expectativa pensional no era posible determinar qué régimen le iba a ser mas beneficioso al momento del derecho pensional, pero sí se le brindó toda la información posible.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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



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

CONSIDERACIONES

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

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sean de recibo los planteamientos expuestos por los recurrentes.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición

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

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



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

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

con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

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

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

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



que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de



las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que contrario a lo que refieren los recurrentes en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la demandada Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que Colfondos AFP S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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



RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

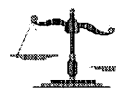
TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2019-00234-01. Proceso Ordinario de Marleny Velásquez Lugo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 24 de junio de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la AFP Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la AFP porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los



valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses y se condene a Colpensiones a reactivar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida en forma automática, actualizar su historia laboral y a que una vez cuente con el retorno de la actora, se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con la ley 797 de 2003 y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 20 de julio de 1962, estando afiliada al ISS por el período comprendido entre el 11 de abril de 1983 y el 28 de febrero de 1994, en el que cotizó un total de 511 semanas; que se trasladó a la AFP Protección en el mes de marzo de 2000, bajo el sustento que el ISS se iba a banca rota y sus afiliados no podrían pensionarse, que en el RAIS se podría pensionar a la edad que quisiera, sin explicar las condiciones y monto de capital requerido para tal fin, no se le mencionó la posibilidad de retracto; que en el año 2003 la abordó un asesor de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., quien le mencionó que se podría pensionar a cualquier edad, sin mencionarle de forma suficiente, clara y veraz las condiciones de tal situación y el capital requerido, sin mencionar que sus cotizaciones se invertirían en el sistema financiero, el que se encuentra sujeto a mercados fluctuantes y con rendimientos inciertos; que la mesada pensional que le reconocería Porvenir S.A., es muy inferior a la que obtendría en Colpensiones y bajo la única modalidad de retiro programado, en la suma de \$690.605 y \$2.059.546 respectivamente; que la AFP tenía información para estimar la impertinencia del traslado, pues al momento de tal acto el bono pensional ascendía a la suma de \$19.709.187; que se elevó solicitud de traslado ante Colpensiones, el que fue negado por dicha entidad bajo el presupuesto contenido en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003; que la actora cuenta con 56 años de edad y cuenta con 1.443 semanas al momento de radicar la demanda y al a edad de 57 años, tendría un total de 1.494,48 semanas.



Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la entonces AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La apoderada de Colpensiones, solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de todas y cada una de las pretensiones incoadas. Lo anterior, por cuanto el traslado no es unilateral tal y como lo establece el artículo 1495 del C.C., se establecen obligaciones a las partes, las que también están establecidas en el Estatuto del Consumidor Financiero, así como en la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, indican que si bien las administradoras privadas deben brindar la información pertinente, también lo es, que no se puede exonerar al afiliado de que el mismo acuda suficientemente ilustrado a efectuar su traslado. De igual forma, por cuanto se vulnera la teoría de los negocios jurídicos, en el sentido que las



consecuencias de las mismas afectan a quienes lo celebran, que no serían otras que la demandante y las AFP, no obstante, la ineficacia afecta a Colpensiones, en el sentido de la sostenibilidad financiera del régimen pensional, tal y como se dejó sentado en la SU 062 de 2010, pues los nuevos traslados descapitalizan el fondo común y afectan los aportes que otras personas han venido realizando.

Por su parte, el apoderado de Porvenir S.A., peticionó se desestimen las pretensiones elevadas y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto si bien comparte la tesis de la aquo en el sentido que la AFP no tenía obligación de documentar la información brindada al afiliado, también lo es, que no se puede imponer dicha obligación en su propia contra, más aún, cuando se debe presumir la buena fe de los actos jurídicos y se desconoce la negligencia del afiliado, más aún, cuando el mismo realizó un traslado horizontal, lo que demuestra el conocimiento de las características y beneficios del RAIS, por cuanto hizo uso de la facultad de traslado. Aunado a lo anterior, por cuanto se debe respetar las restituciones mutuas, respecto de los cobros efectuados por gastos de administración, que generaban las coberturas de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, así como, por cuanto se generaron unos rendimientos propios del RAIS, por lo que estarían compensados de forma anticipada los gastos de administración y en caso de confirmarse la decisión de primer grado, se aclare si tal devolución también se debe generar respecto de los causados al momento en que se originó la afiliación de la demandante con la AFP Protección.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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



remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde



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

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

la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y al momento del traslado horizontal a Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse



aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y al momento del traslado horizontal a Horizonte S.A. Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia

tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

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



Ahora bien, debe precisarse que si bien existen obligaciones recíprocas entre las partes del negocio jurídico, también lo es, que en el caso bajo estudio, se omitió información respecto del traslado efectuado a la demandante, por lo que no se puede convalidar dicha actuación.

Así mismo, debe indicarse que no es posible acoger el dicho de la demandada Porvenir S.A., en el sentido que al efectuarse el traslado horizontal la demandante obtuvo toda la información del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ya que, no existe medio de prueba alguno que acredite tal situación, partiendo del hecho que la información no fue brindada en debida forma ni por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., ni por parte de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

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

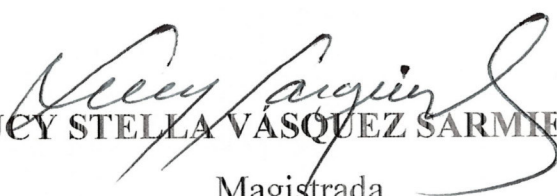
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las cotas de primera instancia quedarán a cargo de la AFP Protección S.A. y las de esta instancia quedarán a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2019-00234-01. Proceso Ordinario Marleny Velásquez Lugo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido que deberán devolverse los gastos de administración en favor de la actora, concernientes al tiempo que se mantuvo la afiliación entre la actora y la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **TERCERO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección; las de esta instancia, quedan únicamente a cargo de Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000,00, atendiendo las motivaciones de la sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2019-00234-01. Proceso Ordinario Marleny Velásquez Lugo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo voto
porc. el



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2019-00274-01. Proceso Ordinario de Claudia Esperanza Amaya Vargas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de junio de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su afiliación a la entonces Davivir hoy Protección S.A., así como los traslado horizontales a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. y al Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos, y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver a Colpensiones todos



los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos e intereses causados por la demora injustificada en la autorización del traslado y se condene a Colpensiones a activar su afiliación al régimen de prima media con prestación definida en forma automática, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se afilió a Cajanal el 18 de agosto de 1992, con ocasión de su relación laboral con el Ministerio de Relaciones Exteriores; que se trasladó a la AFP Davivir hoy Protección el 1° de agosto de 1994, con ocasión de unos beneficios superiores a los que podría obtener en Cajanal, sin mencionar los perjuicio que podría generar su traslado, generando omisión en la información, situación que ocurrió de igual forma respecto de la AFP Colpatria hoy Porvenir y por parte de la AFP Colfondos, respecto de quienes se originó un traslado horizontal; que la demandante efectuó aportes hasta el 5 de septiembre de 2018; que de acuerdo con la proyección pensional de Colfondos, la pensión de la actora a la edad de 52 ascendería a la suma de \$1.120.000, no obstante, se indica que el valor de la pensión será el indicado al momento del trámite oficial, sin embargo, el monto de la mesada pensional en el RPM sería por el monto de \$5.134.319 a la edad de 57 años y con una tasa de reemplazo del 62%; que elevó solicitud ante la AFP Colfondos S.A. solicitud de traslado, el que fue negado mediante oficio del 16 de octubre de 2018, por cuanto le faltaba menos de 10 años para adquirir el derecho pensional; que de igual forma, solicitó afiliación ante Colpensiones, la que fue negada bajo idéntico argumento expuesto por la AFP; que la actora a realizo sus aportes sobre un IBC de \$7.978.000; que existen decisiones de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral y de los Juzgados de la especialidad laboral, que han con concedido



la nulidad de traslado por falta de información y por el silencio del profesional o funcionario del fondo de pensiones.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Davivir hoy Protección S.A., así como el traslado horizontal efectuado a la entonces AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y a la AFP Colfondos y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos, disponiendo su afiliación a Colpensiones, sin importar que la actora siempre estuvo afiliada a Cajanal, por así disponerlo la normatividad correspondiente.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las peticiones elevadas. Lo anterior, por cuanto para el año 1994 se le dio la información necesaria a la demandante, tal y como se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la misma y del testimonio escuchado al interior del proceso. Aunado a ello, por cuanto tal como lo dijo la Juez en sus consideraciones, se debía tener en cuenta que la actora nunca estuvo afiliada al ISS, sino a Cajanal, lo que atentaría contra la sostenibilidad financiera del sistema pensional, para lo cual



se debe tener en cuenta las sentencia C 1024 de 2004 y SU 062 de 2010, pues se generaría una descapitalización del fondo público y se afectarían los aportes de los demás afiliados al reducirse el monto de la mesada, así como se atentaría contra la relatividad de los negocios jurídicos al no estar afiliada en ningún momento a Colpensiones, además de acreditarse la falta de diligencia del consumidor financiero, quien pese a transcurrir más de 20 años, tan sólo en el 2015 solicitó la expectativa pensional, sin tener en cuenta la misma, que el monto dependía directamente del aporte, cuestión diferente a RPM.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

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

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que



en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite,



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

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

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

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



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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Davivir hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y al momento de los traslados horizontales a la AFP Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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



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

De otra parte, interesa tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado la demandante se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE–, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas



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

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

Ahora bien, es necesario precisar que no es posible acoger el dicho de la recurrente referente a que con el interrogatorio de parte de la demandante y del testimonio recepcionado se puede llegar a la conclusión que la actora tenía toda la información referente al traslado, ya que por el contrario, de dichas declaraciones se concluye que si bien se le brindó alguna información a la señora Amaya Vargas acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que no se le dio información acerca del capital necesario para adquirir el derecho pensional y mucho menos, respecto de los beneficios que obtendría de mantenerse en el



Régimen de Prima Media con Prestación definida, ni de las diferencias entre los diferentes regímenes pensionales, por lo que se puede concluir que no se le brindó la información necesaria para adoptar la decisión respecto de su traslado.

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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las cotas de primera instancia quedarán a cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y sin ellas en la alzada.

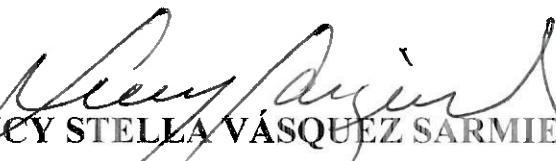
DECISIÓN:

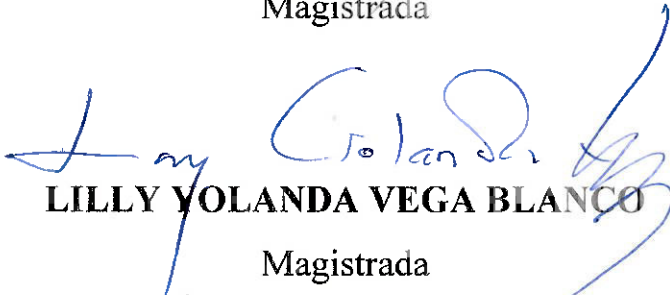
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto



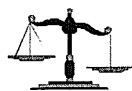
Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-004-2019-00274-01. Proceso Ordinario Claudia Esperanza Amaya Vargas contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y sin ellas en esta instancia. **NOTIFÍQUESE** y **CÚMPLASE**.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto
porcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

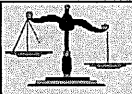
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05 005 2018 00242-01. Proceso Ordinario de Cristian Giovanny Barrientos Peñuela contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, luego de que el asunto fuera remitido del despacho del H. Magistrado Luis Agustín Vega Carvajal, al no aprobarse la ponencia por él presentada, la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la vinculada en condición de litisconsorte necesaria, Carmen Beatriz Anzola Venegas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de noviembre de 2019.

ANTECEDENTES:

Pretende el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la pensión sobreviviente desde el 13 de marzo de 2008 hasta que



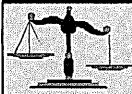
cumpla 25 años de edad, en condición de hijo de Carlos Alfredo Barrientos Caro.

Para respaldar las súplicas, en síntesis, señaló que fue reconocido como hijo extramatrimonial del causante Carlos Alfredo Barrientos Caro, mediante sentencia de investigación de paternidad dentro del proceso radicado 002 2006 00496, que promovió ante el Juzgado 2° Laboral del Circuito de Villavicencio, el que afirma duró 9 años y 7 meses aproximadamente.

Afirmó que el 13 de marzo de 2008 el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de sobrevivientes a la señora Carmen Beatriz Anzola Venegas en condición de cónyuge supérstite del señor Carlos Alfredo Barrientos Caro

Indicó que el 21 de octubre de 2016 solicitó y acreditó ante la entidad demandada, las condiciones y requisitos exigidos en la ley 797 de 2003, en condición de hijo del causante; pero que ésta mediante Resolución SUB69641 del 19 de mayo de 2017, negó el derecho pensional, determinación que fue confirmada mediante las resoluciones SUB 177919 y DIR 14954 de la misma anualidad.

Una vez notificada la entidad demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa que no se encuentra obligada al pago de las mesadas pensionales reclamadas en tanto que actuó dando estricto cumplimiento a la ley al reconocer la pensión de sobrevivientes únicamente a la señora Carmen Beatriz Anzola. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia actual de las obligaciones, cobro

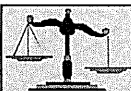


de lo no debido, compensación, carencia de causa para demandar, entre otras.

Mediante providencia del 5 de diciembre de 2018 el juez de primer grado dispuso la vinculación de la señora Carmen Beatriz Anzola Vanegas en condición de litisconsorte necesaria; quien si bien no desconoció que el demandante era hijo del causante, indicó que acreditó la condición de estudiante desde la fecha en que presentó la reclamación administrativa y que además operó el fenómeno prescriptivo. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

El *aquo* condenó a la entidad demandada al reconocimiento proporcional de la pensión de sobrevivientes reclamada, desde el 2 de agosto de 2006 hasta cuando cumpla los 25 años siempre que continúe acreditando la condición de estudiantes y autorizó a Colpensiones a descontar de la mesada pensional de la señora Carmen Beatriz Anzola Venegas el valor del retroactivo que debía cancelar.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que si bien la sentencia mediante la cual se reconoció que el demandante era hijo del causante Carlos Alfredo Barrientos Caro, se profirió hasta el año 2016 y la muerte de éste último se produjo en el año 2006, ello no impedía reconocer el derecho pensional desde la muerte del causante, máxime cuando se podía advertir que la tardanza en la declaratoria de paternidad no le era atribuible al demandante; derecho que reconoció en un 25% hasta que la señora Irina Alejandra Barrientos Anzola cumplió los 25 años de edad y con posterioridad a ese momento en un 50%, hasta cuando cumpla los 25 años siempre que acredite la condición de estudiante.



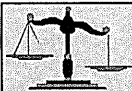
De acuerdo con lo anterior, de otra parte indicó, que si bien ha existido un enriquecimiento sin causa por parte de la señora, sin embargo, condenó a la entidad pública demandada al reconocimiento y pago del derecho pensional desde el momento de su causación, y la autorizó a efectuar el descuento correspondiente al retroactivo pensional de la mesada que percibe la señora Carmen Beatriz Anzola Venegas en cuantía no superior al mínimo mensual legal vigente.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la litisconsorte necesaria interpuso recurso de apelación.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El apoderado de la vinculada solicita se revoque la sentencia de primer grado y en su lugar, se nieguen todas y cada una de las pretensiones; al considerar de un lado, que si bien la demanda de paternidad que se adelantó en favor del demandante fue interpuesta dentro de los 2 años siguientes a la muerte del causante, a su juicio resulta reprochable la desidia por parte de la representante legal del demandante, en la medida que sólo hasta el año 2011 le fue notificada la demanda a su representada; por lo que a su juicio es procedente declarar probada la excepción de prescripción, y a su vez se tenga en cuenta los efectos de los derechos patrimoniales en virtud de la sentencia de impugnación de la paternidad, de acuerdo con lo que para el efecto estableció la Corte Suprema de Justicia dentro del radicado 6190 de 2001, y la sentencia T-177 de 2008.

Cuestiona igualmente la determinación que adoptó el servidor judicial de primer grado en torno a la acreditación de la condición de estudiante del demandante, pues a su juicio ello es relevante para determinar el periodo



respecto del que es beneficiario del derecho pensional, siendo ésta una condición extintiva del derecho.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

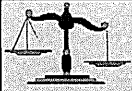
Como la decisión de primer grado fue adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES:

En virtud del recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta, corresponde a la Sala determinar si la entidad accionada se encuentra obligada al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a favor del demandante en la forma determinada por el servidor judicial de primer grado.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta y no es motivo de discusión entre las partes y se encuentra acreditado dentro del plenario, que el señor Carlos Alfredo Barrientos Caro falleció el 1º de agosto de 2006, dejando causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, derecho que fue reconocido por el extinto Instituto de Seguros Sociales a favor de la señora Carmen Beatriz Anzola Venegas en calidad de cónyuge supérstite mediante la Resolución 026640 del 29 de junio de 2007.



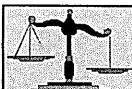
Así mismo, tampoco es objeto de discusión entre las partes y se encuentra acreditado que en virtud del proceso de filiación que adelantó el demandante ante la jurisdicción ordinaria, mediante sentencia proferida el 18 de junio de 2014 por el Juzgado 2° de Familia de Villavicencio, en la que se reconoció que el ahora demandante es hijo extramatrimonial del señor Carlos Alfredo Barrientos Caro; determinación que confirmó la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Villavicencio mediante sentencia del 22 de febrero de 2016.

Bajo tal perspectiva dimana con claridad, y tampoco fue objeto de discusión, que el demandante en condición de hijo del señor Carlos Alfredo Barrientos Caro, ostenta la condición de beneficiario del derecho pensional que se causó con ocasión a la muerte de este último el 1° de agosto de 2006, de acuerdo con lo que para el efecto establece el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 en su literal c).

Ahora bien; en tanto aduce el recurrente que su representada debió ser notificada del proceso de paternidad dentro de los 2 años siguientes al fallecimiento del causante, y que como ello no ocurrió, esa circunstancia repercute en los derechos patrimoniales que se derivan de la sentencia de impugnación de la paternidad; considera la Sala que lo que en esencia pretende es que se dé aplicación a lo que para el efecto establece el inciso final del artículo 10° de la Ley 75 de 1968¹.

Al respecto corresponde señalar, que si bien el precepto normativo en mención, establece lo que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia reconoce como un término de caducidad, el mismo es aplicable únicamente a los efectos patrimoniales de la sentencia que declara la

¹ “La sentencia que declare la paternidad en los casos que contemplan los dos incisos precedentes, no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio, y únicamente cuando la demanda se notifique dentro de los dos años siguientes a la defunción”



paternidad, pues de esa forma lo previó expresamente la pluricitada disposición; y es sabido que tanto la institución jurídico procesal de la prescripción como la de caducidad son de interpretación estricta o restrictiva, de manera que no es dable dar alcance a las mismas en virtud del principio de integración normativa que establece el artículo 145 del C.P.T. y S.S.; máxime cuando se está ante asuntos de orden social, en los que razones de orden superior, exigen al juzgador la selección del criterio interpretativo mayormente benefactor.

Aun en gracia de discusión, considera la Sala de un lado, que los efectos de tal figura debieron darse en el propio juicio de investigación de la paternidad; sin embargo, en el proceso que se adelantó a nombre del accionante nada se dispuso sobre el particular; de manera que no es posible dar alcance a sus efectos al presente asunto; y de otro, que tal como lo indicó que el servidor judicial de primer grado, la tardanza en la notificación de la ahora demandada se dio por una circunstancia ajena al aquí demandante, pues fue durante el curso del proceso que se advirtió que el señor Carlos Alfredo Barrientos Caro había fallecido, y en razón a ello, de acuerdo con la doctrina probable sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral² es posible admitir que la notificación se produzca por fuera del término indicado en el precepto legal en cita.

De otra parte, cuestiona el recurrente el periodo respecto del que se reconoció el derecho pensional, en tanto a su juicio no acreditó su condición de estudiante; al respecto advierte la Sala que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el hijo del causante en principio es beneficiario del derecho pensional hasta los 18 años a menos que acredite su condición de estudiante, evento en el que se

² Sentencia



reconoce el derecho pensional hasta los 25 años; o, si es invalido y dependía económicamente del causante.

En el asunto, el demandante nació el 25 de abril de 1995, de manera que cumplió los 18 años de edad el mismo día y mes del año 2013; razón por la que con posterioridad a dicha data debe acreditar su condición de estudiante.

Al efecto, se advierte que de acuerdo con la Resolución SUB 69641 del 19 de mayo de 2017³ el demandante acreditó su condición de estudiante en el año 2016, anualidad en la que solicitó el reconocimiento del derecho pensional y deberá acreditarla ante la demandada hasta la edad de 25 años, o hasta una edad anterior si finalizó sus estudios a una edad más temprana, de lo contrario, sólo se le reconocerá hasta la fecha que la haya acreditado.

En punto a la prosperidad de la excepción de prescripción, advierte la Sala que aun cuando el demandante cumplió la mayoría de edad el 25 de abril de 2013 y radicó la solicitud del derecho pensional hasta el 21 de octubre de 2016; no puede pasar desapercibido el hecho de que tan solo contó con la posibilidad jurídica de reclamar el derecho pensional con la sentencia proferida dentro del proceso de investigación de la paternidad, cuando se declaró que ostenta la condición de hijo del causante, Carlos Alfredo Barrientos Caro, proceso dentro del que se profirió sentencia en segunda instancia el 22 de febrero de 2016; luego, conforme con lo que al efecto establece el inciso final del artículo 2530 del Código Civil⁴, el término prescriptivo estuvo suspendido hasta el momento en que se produjo la ejecutoria de dicha determinación, pues antes de que se

³ Cfr fls 56 a 58

⁴ “No se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista.”



produjera la ejecutoria de dicha determinación el demandante se encontraba ante la imposibilidad jurídica de reclamar el derecho.

En las condiciones analizadas se confirmará la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. No se impondrá condena en costas en las instancias.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- Sin COSTAS en las instancias.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-005-2018-00242-01. Proceso Ordinario de Cristian
Giovanny Barrientos Peñuela contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Soluto reto



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-005-2019-00414-01. Proceso Ordinario Gloria del Pilar Franco Álvarez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la anulación por ineficacia de la afiliación y del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la omisión por parte de la AFP Porvenir S.A. del deber de información; se ordene su traslado y afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones como si nunca se hubiera ido de dicho régimen pensional y se ordene a la AFP Protección S.A. la devolución de



todos los dineros que recibió con motivo de su afiliación con todos los rendimientos que se hubieren causado, conforme lo establece el artículo 1746 del Código Civil y que en caso de que al momento de proferir sentencia se hubiere reconocido en su favor pensión de por parte de la AFP Protección S.A., se le ordene seguir pagando la misma hasta el momento en que traslade los recursos a Colpensiones y sea incluida en nómina de pensionados por parte de esta última.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que fue afiliada al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 4 de marzo de 1991 y que como consecuencia de la publicidad y gestión realizada por los fondos privados de pensiones el 14 de julio de 1994 se afilió a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Indicó que el promotor de la AFP Porvenir S.A. al momento de su traslado se limitó a llenar un formato preestablecido para la afiliación sin suministrarle información completa, veraz, adecuada y suficiente respecto de las prestaciones económicas y prestaciones que obtendría en el régimen de ahorro individual frente a las consecuencias de abandonar el régimen de prima media con prestación definida.

Afirmó que no se le informó al momento de su traslado cual era la table de moralidad de rentistas, hasta que edad debía cotizar en el fondo privado para alcanzar una pensión de vejez, cual era el capital ahorrado que se exigía para tener una pensión de salario mínimo en el fondo privado, ni que de tener un cónyuge o hijo discapacitado el valor de la pensión sería menor, y en general no le suministró información suficiente y veraz para tomar la decisión de trasladarse de régimen.

Agregó que posteriormente se trasladó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.



Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.¹ adujo en esencia que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y la vigilancia y control que ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia, y que en señal de ello suscribió el formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y enriquecimiento sin causa.

Colpensiones² sostuvo que la demandante se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria, sin que se encuentre inmersa en alguna causal que conlleve la nulidad de dicho acto. Propuso las excepciones de mérito que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Por su parte la AFP Protección S.A.³ aduce que el 11 de abril de 2003 la demandante solicitó de manera libre y voluntaria su afiliación, que en dicho momento se le asesoró en debida forma, y que el 19 de julio de 2010 realizó una reasesoría pensional en la que se le indicó que resultaba más conveniente su retorno a Colpensiones y que sin embargo la accionante tomó la determinación de aplazar su decisión, siendo consciente de que tendría plazo para trasladarse hasta el 1º de agosto de 2010. Propuso las excepciones de improcedencia de la declaratoria de nulidad de traslado al RAIS por demostrarse la asesoría brindada por la AFP Protección S.A., declaración de

¹ Cfr fls 68 a 90.

² Cfr fls 318 a 334

³ Cfr fls 356 a 363



manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, prescripción, entre otras.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que si bien aplica la línea jurisprudencial sentada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en punto a la nulidad de la afiliación más no así el de la ineficacia; en el presente asunto sea acreditó por parte de Protección S.A. que en forma oportuna la previno de que le era más beneficioso el régimen de prima media, la demandante optó por permanecer en el RAIS.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la recurrente en esencia que las demandadas AFP Porvenir y Protección, no lograron acreditar los parámetros legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del traslado de régimen pensional.

Sostiene al efecto que las referidas AFP incumplieron con la obligación prevista en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

Indica que de acuerdo con el criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia la decisión libre y voluntaria que debe acompañar el acto de afiliación o traslado de régimen debe ajustarse a los parámetros de la libertad informada, es decir que la solicitud de traslado de régimen pensional debe



estar precedida de una información, clara comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables que la decisión de traslado acarrea, al haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la determinación adoptada.

Afirma en tal sentido que dentro del proceso ni Porvenir ni Protección lograron acreditar que para el momento de su traslado hubieren suministrado la debida información y que si bien se aporta una reasesoría en la misma no se especifica, los parámetros técnicos para su realización y no se le informó con el tiempo suficiente para retornar al régimen de prima media con prestación definida, puesto que se encontraba apenas a 18 días para cumplir los 47 años.

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁴, posición

⁴ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

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

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



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

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

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



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Ahora bien, contrario a lo que consideró el servidor judicial de primer grado la Sala acoge el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en la sentencia SL1452 de 2019, en la que se precisó que de acuerdo con lo que expresamente establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 que *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; máxima cuando con el presente asunto, se presentan días antes de la fecha límite establecida por el Legislador para que el afiliado se pueda trasladar de régimen antes del cumplimiento de la edad mínima.

Por consiguiente, la Sala avala revocará la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello los posteriores traslados que se efectuaron en el régimen de ahorro individual; a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir



que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que la AFP Protección S.A., al ser la entidad ante la cual se encuentra afiliada la accionante, tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; así mismo la AFP Porvenir S.A. deberá asumir el pago de las cuotas de administración que descontó en el periodo en que la accionante estuvo afiliada; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

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



ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de la demandada AFP Porvenir S.A.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la Administradora de Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante.

TERCERO.- CONDENAR a PORVENIR S.A a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración.

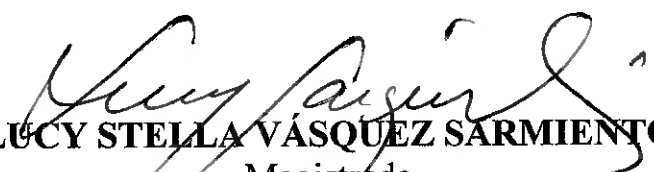


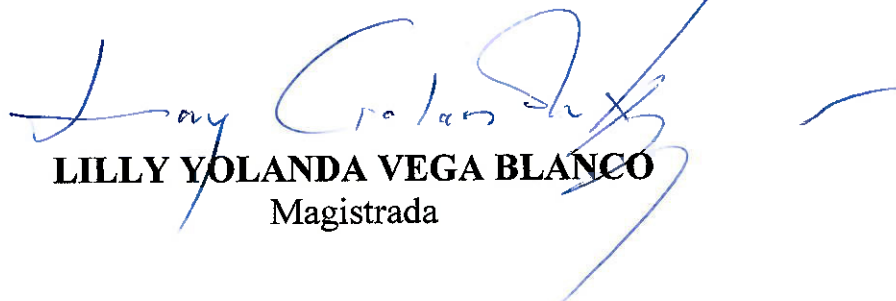
CUARTO.- ORDENAR a **COLPENSIONES** a recibir las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante y activar su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida.

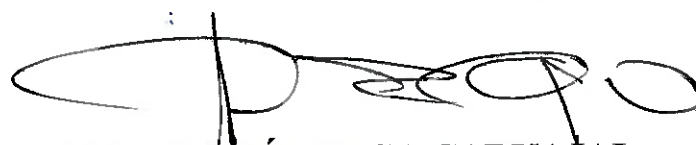
QUINTO.- AUTORIZAR a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO.- COSTAS en primera instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Ref.: Radicación N° 11001310501920120055501. Proceso Ordinario de Alejandra María Forero Garzón contra Punto Aseo SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

ALEJANDRA MARÍA FORERO GARZÓN convocó a PUNTO ASEO S.A.S., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: salarios y reajuste; vacaciones; cesantías e intereses con sanción; sanción por no consignación de cesantías; indemnización moratoria; aportes a seguridad social; e indexación de sumas adeudadas.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Laboró para la convocada mediante contrato a término indefinido desde el 23 de enero de 2008 hasta el 20 de enero de 2012 cuando el contrato terminó por parte del empleador; el contrato inicial fue a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de auxiliar de facturación con una jornada de trabajo de ocho horas diarias, cumpliendo con las labores encomendadas y ejecutándolas de manera directa, con salario mensual \$800.000.

Durante el vínculo no se hizo entrega de dotación y a la terminación se adeudaba siete días salarios, vacaciones de 2011, cesantías e intereses de 2010 a 2012, indemnización por no consignación de cesantías a un fondo en los años 2010 al 2012, aportes a seguridad social en salud, pensiones y riesgos profesionales, realizando por ello múltiples requerimientos de cobro a través de la Inspección de Trabajo.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 19 de diciembre de 2012. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de Curador Ad litem procedió a dar contestación manifestando frente a la primera pretensión no oponerse y respecto a la demás se atiene a lo probado; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos de acuerdo a la documentación aportada y a los restantes que no le constaban y debían probarse.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 2 de abril de 2019, ABSOLVIENDO a la demandada, y se abstuvo de imponer costas.



Como la decisión fue totalmente adversa al trabajador y no se interpuso recurso, se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

RELACIÓN LABORAL:

Existe contrato de trabajo cuando concurren sus elementos esenciales a saber, i) prestación personal del servicio -intuitu personae- no dirigida a obtener un beneficio propio sino de quien que contrata la labor; ii) retribución o salario por parte del empleador, que deriva como consecuencia lógica de la prestación del servicio del empleado; y, iii) dependencia o continuada subordinación, que representa para el empleador el poder imperativo y director de imponer órdenes en cualquier momento en cuanto a modo, tiempo o cantidad de trabajo, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que automáticamente excluye el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Es carga probatoria de quien reclama existencia de contrato de trabajo, demostrar la prestación del servicio durante el lapso que afirma la gestión, ya que constituye presupuesto fundamental para resolver la procedencia de los derechos que se reclaman, por esa razón, verificada, surge la presunción legal



de existencia de contrato de trabajo a voces de lo normado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, para garantizar y efectivizar los derechos mínimos que consagra el ordenamiento sustantivo del trabajo a favor del empleado como parte débil de la relación de trabajo, dado su carácter de orden público de obligatorio cumplimiento e irrenunciable.

Establece el ordenamiento procesal general <<artículo 164>> que “*toda decisión judicial deberá fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso*”, lo que significa que el operador judicial debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su finalidad, sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002, expuso “*(...) si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.



Así las cosas, es absolutamente claro que, correspondía a la actora no sólo demostrar la prestación del servicio sino el lapso en que refiere la existencia del contrato de trabajo, porque si así no acontece respecto del primero, mal podría pensarse adentrarse al estudio de los demás elementos que estructuran el contrato de trabajo, y en relación al segundo, fundamental para dar resolución a las pretensiones de la demanda.

Al interior de la causa no existe medio de convicción que respalde prestación personal del servicio de la accionante para la convocada a quien le enrostra la condición de empleadora, limitándose a reclamar la existencia de contrato de trabajo apoyada en documento identificado “*contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año*”, el cual por si solo no encausa prestación del servicio, pues comportaría asumir sin fundamento que toda suscripción de contrato de trabajo o de cualquier otra modalidad conlleva de suyo su ejecución, cuando es necesidad de los celebrantes demostrarlo, para el caso de autos, la prestación del servicio que se afirma se pactó en el documento contentivo del contrato de trabajo, pues no se puede olvidar que éste puede celebrarse en forma verbal, lo que reafirma la tesis de la acreditación de la prestación del servicio, por tanto demostrada, surge su presunción.

La activa se limitó a reclamar contrato de trabajo exponiendo lacónicamente situaciones encaminadas a la obtención de derechos derivados de aquél, aduciendo extremos temporales indemostrados, el inicial reclamado contrario a lo que consagra el documento contrato de trabajo, sin desplegar actividad probatoria alguna que respalde su ejecución, a través de la prestación personal del servicio a favor de la demandada en virtud del aludido pacto. Resultando su versión en interrogatorio confusa frente a quien afirma realizó la labor, pues manifestó que realizó servicios para distintos dueños de la empresa, cuando la sociedad es una persona jurídica autónoma e independiente de los que la integran.



Lo analizado es suficiente para concluir indemostrada la prestación personal del servicio de la accionante para la demandada, quien afirma fungió como empleadora, en consecuencia, la inexistencia o mejor aún, la inejecución del contrato de trabajo que se pregona y reclama, conlleva la absolución de todas y cada una de las pretensiones elevadas en su contra.

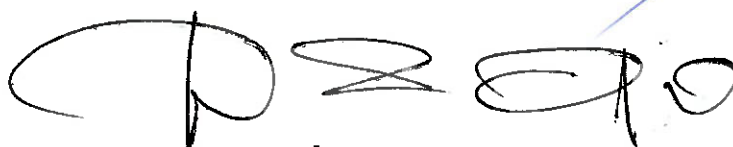
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiunos (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001 3105 021 2019 00471 01 Proceso Ordinario de Adrianna Lucia Bonilla Garzón contra la Administradora Colombiana de Colpensiones y Otros. (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 29 de septiembre de 2020.

ANTECEDENTES

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que como consecuencia de la omisión a los deberes de información y buen consejo por parte de las AFP Porvenir S.A. y Old Mutual S.A. tiene derecho a trasladarse al régimen de prima media con prestación definida que administra Colpensiones; se condene a la AFP Old Mutual a hacer efectivo el traslado de todos los aportes efectuados al régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida



que administra Colpensiones y como consecuencia de ello se condene a esta última entidad a aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada desde el 15 de febrero de 1995.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones indicó que el 14 de febrero de 1995 se afilió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Adujo que el funcionario de la AFP Porvenir S.A. que la asesoró al momento de su vinculación no le informó que el valor de su pensión, no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior al que recibiría en el Instituto de los Seguros Sociales; ni tampoco elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada pensional, ni le explicó las ventajas de desventajas de trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que la persona que la asesoró le indicó que no podía afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales, puesto que dicha entidad no estaba recibiendo nuevos afiliados; que le indicó que podía afiliarse a cualquier edad; y que de acuerdo con dicha información suscribió el formulario de afiliación.

Refirió que el 20 de junio del 2013 cumplió la edad de 47 años, y la AFP Porvenir nunca informó acerca de la prohibición legal de efectuar el traslado de régimen una vez cumplida esta edad; y que a la fecha de presentación de la demanda se encuentra afiliada a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., hoy Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.¹, adujo en su defensa que la demandante suscribió el formulario de afiliación de forma libre y

¹ Cfr fls 79 a 87.



voluntaria, aceptando de esa forma las condiciones propias del régimen de prima media con prestación definida y que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación en tanto se realizó de acuerdo con los lineamientos del ordenamiento legal colombiano. Propuso en su defensa entre otras las excepciones que denominó: Old Mutual no participó ni intervino en el momento de la selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción y buena fe.

Colpensiones² indicó que desconoce las circunstancias en que la demandante se afilió al sistema de pensiones, pero que no se evidencia dentro de las solicitudes algún vicio del consentimiento o alguna nota de protesta que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la demandante. Propuso en su defensa las excepciones que denominó: descapitalización del sistema pensional, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. por su parte manifestó que la afiliación de la actora en fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños; y que por ende la demandante conocía plenamente las implicaciones de su decisión. Propuso las excepciones de mérito de prescripción, buena fe e inexistencia de la obligación.

Frente a dichas súplicas, el *a quo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual el 14 de febrero de 1995 y como consecuencia y como consecuencia de ello declaró válida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida en el mes de enero de 1995, condenando a Skandia administradora de pensiones y cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de

² Cfr fls 107 a 122.



administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante. De igual forma condeno a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A a trasladar a Colpensiones lo descontado de la cuenta de ahorro individual de la actora por conceptos de gastos de administración y traslado y por ultimo ordeno a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia que, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, los administrados de fondos de pensiones tienen la obligación de suministrar información clara, completa y comprensible acerca de las situaciones específicas de los regímenes pensionales; de igual forma las consecuencias que pueden dar a lugar con dicho traslado.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque en su integridad a la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones.

Aduce que en el asunto la determinación de declarar la ineficacia del traslado obedeció a la línea jurisprudencial sentada por la Corte Suprema de Justicia, la que a su juicio debe tenerse en cuenta simplemente como criterio auxiliar cuando es tratada desde un punto legal o incluso Constitucional. Y que en tal sentido el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, es claro en establecer la prohibición de trasladarse de régimen pensional cuando los afiliados dentro de los próximos



10 años a cumplir su edad de pensión y que condicionamiento se declaró exequible por la Corte Constitucional.

Sostiene que en todo caso el criterio jurisprudencial sentado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no puede aplicarse en el presente asunto en cuanto se está ante situaciones fácticas diferentes; puesto que en toda la jurisprudencia los demandantes son beneficiarios del régimen de transición y que en el asunto no se acreditó que el traslado de régimen le hubiera causado a la demandante alguna clase de perjuicio.

Agrega que hay un desequilibrio entorno a la carga de la prueba porque en este tipo de proceso se tratan afiliaciones realizadas en una primera etapa de ese deber de información donde no había obligación de realizar simulaciones, proyecciones pensionales, dobles asesorías ni buen consejo, ni tampoco situaciones de dejar documentada toda la información que se le daba al afiliado.

Afirma que la propia Ley 100 de 1993, les otorgó a las administradoras del régimen de ahorro individual la facultad de realizar los gastos de administración, así para el cubrimiento de unas contingencias de invalidez y de sobrevivencia que durante todo el tiempo que la demandante estuvo afiliada a su representada estuvo amparada frente a esas contingencias.

La apoderada de Colpensiones, en similar sentido aduce que resulta totalmente desproporcional colocar la carga de la prueba a las Administradoras de Fondos de Pensiones, en la medida que resulta imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, puesto que para dicha fecha no era obligatorio dejar un registro documental de las mismas. Y que en tal sentido no les puede obligar a lo imposible.



Afirma que el precedente jurisprudencial en el cual se soporta la determinación no es aplicable dado que no se está ante casos análogos, pues en los casos analizados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se trataba de personas que gozaban de una expectativa legítima de pensionarse en regímenes anteriores; y que esta situación no es la que se presenta en el asunto de la demandante.

Finalmente solicita, se tenga en cuenta la descapitalización del sistema, y la afectación que representa para su representada los procesos de nulidad en la afiliación, pues el régimen de ahorro individual y el de prima media se financian de forma diferente; y que en caso de confirmarse la determinación de primer grado debe considerarse la posibilidad de que todas las sumas que se entreguen a su representada en forma indexada.

Por su parte la apoderada de Skandia Pensiones y Cesantías S.A. solicita se revoque la sentencia de primera instancia, pues a su juicio en el presente asunto sí obra prueba clara y precisa de la asesoría recibida por la demandante de su representada al momento en que se produjo la afiliación y que no puede asumir las consecuencias de una falta de información anterior.

Sostiene al efecto que la demandante al absolver interrogatorio de parte reconoció que hubo una proyección y que la asesoría duró inclusive una hora donde pudo aclarar todas y cada una de sus inquietudes; y que ni la Ley ni la jurisprudencia han supeditado que la asesoría deba realizarse antes o después de cumplir los 10 años para adquirir la pensión de vejez.

Aduce que a pesar de que la asesoría se produjo antes de los 10 años para pensionarse no puede pasarse por alto que su representada sí cumplió con la obligación de brindar una asesoría y una reasesoría, y que en virtud de ello no



tiene que asumir ninguna consecuencia, pues la afiliación se hizo en forma legal y cumpliendo los parámetros legales.

De otra parte, afirma que no es procedente la devolución de gastos de administración, puesto que el Decreto 3995 del 2008 establece en su artículo 7°, que cuando se produce un traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media deben trasladarse todos los aportes que existan en la cuenta de ahorro individual y en el fondo de garantía de pensión mínima, pero no prevé que deban trasladarse las tasas de administración.

Refiere que de acuerdo con el concepto emitido por la Superintendencia Financiera en los casos de nulidad o ineficacias de traslado únicamente se deben trasladar los saldos de las cuentas de ahorro individual, más no así los gastos de administración; y a su juicio ello es así en cuanto con los mismos se cubrieron las pólizas frente a las contingencias de la invalidez y muerte.

Agrega que en el presente asunto sí opera la figura de la prescripción precisamente en relación con los gastos de administración bajo el entendido que los mismos no hacen parte del derecho pensional, sino que tienen una destinación y fin diferente.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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



CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias referidas.

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

sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que, tal como lo indicó la servidora judicial de primer grado, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las



condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

En este punto se considera oportuno indicar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 164 del C.G.P., toda decisión judicial debe soportarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso; de manera que no resulte de recibo el argumento conforme con el cual se debe librar a las demandadas del deber de probar, por el tiempo que transcurrió desde la afiliación inicial y la dificultad de acreditar el cumplimiento de su deber de información.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello las demás afiliaciones que se realizaron en el régimen de ahorro individual con solidaridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues contrario a lo que refiere el apoderado de la AFP Porvenir, y la apoderada de Colpensiones, los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, pues conforme lo ha reiterado la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencias SL1421-2019, SL1688-2019 y SL4360-2019, la acción encaminada a la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional es imprescriptible, de manera que no resultan de recibo los argumentos expuestos por la apoderada de la Administradora de fondo de pensiones Skandia.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que la AFP Skandia, por ser la última administradora a que se encuentra afiliada la demandante, tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; así mismo, tal como lo concluyó la servidora judicial de primer grado resulta procedente ordenar a las AFP Porvenir S.A. que asuma el pago de las cuotas de administración que descontaron en el periodo en que la accionante estuvo afiliada.

Ahora bien, en punto a los argumentos que expone la apoderada de Colpensiones, referidos a la descapitalización del sistema, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué



acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

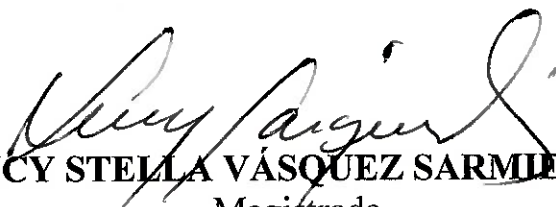
RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Solvo vel
periciet*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-022-2018-00384-01. Proceso Ordinario de Mariela Murcia Castellanos contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).
--

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de agosto de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con todos los frutos, intereses y rendimientos a que hubiere lugar, sin que se deduzca



suma alguna, manteniendo la afiliación sin solución de continuidad y a que una vez se devuelvan las cotizaciones, la demandada proceda a expedir el acto administrativo de reconocimiento de la pensión de vejez.

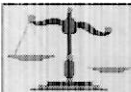
Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 8 de junio de 1960, afiliándose al ISS el 13 de marzo de 1980 y permaneciendo hasta el 8 de febrero de 1999, cotizando un total de 853 semanas; que se trasladó al RAIS en el mes de febrero de 1999, donde ha cotizado 1.005,16 semanas, arrojando un total de 1.858 semanas cotizadas en su vida laboral; que al momento de efectuarse el traslado no se le dio la suficiente ilustración de las ventajas y desventajas de cada régimen pensional, induciéndose en error a la demandante; que se agotó la reclamación administrativa tanto a Colpensiones, como a Porvenir S.A.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar y los gastos de administración que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos, disponiendo su afiliación a Colpensiones.



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

La apoderada de Porvenir S.A. contra la sentencia proferida, a fin de que sea revocada y en su lugar se absuelva de las súplicas de la demanda. Tal como se ha sostenido no hay lugar a declarar la nulidad de afiliación, ya que hay formulario de afiliación, que recibió asesoría idónea, que fue libre, con consentimiento y sin presiones, los que ya no acreditaría los vicios del consentimiento, que el formulario cumplía con exigencias legales al momento del traslado, pues para el año 1999, era suficiente con la leyenda de haberse dado la debida información, pues no se exigían entrega de proyecciones pensionales. Que las consecuencias del traslado son un punto de derecho y no vicia el consentimiento y en el RAIS el derecho pensional se obtienen con el capital suficiente, por lo que no es comprensible que después de 20 años de producirse el traslado con las cotizaciones pertinentes, se logre el traslado, de lo que se advierte que el traslado es plenamente válido. Se debe tener en cuenta el salvamento de voto emitido en la sentencia 68858 de la Corte Suprema de Justicia, en la que afirma que cuando no eran beneficiarios de transición, no estarían facultados para solicitar el traslado. En el evento que nos ocupa aun cuando se confirme la declaratoria de ineficacia, debe revocarse la orden de devolver los gastos de administración, por cuanto el fundamento jurídico de la Corte se sustenta en artículo 1746 del C.C., por considerar los descuentos como un detrimento, pues con el art 20 de la ley 100 de 1993, tales gastos también causados en el RPM y debe tenerse en cuenta que los mismos permitieron hacer las transacciones en el mercado de alores que a la postre le beneficiaron al afiliado, rendimientos que son mayores a los gastos de administración y retornados a Colpensiones para que formen parte de dicha entidad, y para lo cual se ha pronunciado la Superintendencia Financiera.



Por su parte Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva de las súplicas elevadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que nos encontramos frente a prohibición legal y de efectuar el traslado iría en contra de artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que al aplicarse artículo 1604 del C.C., dejó a Colpensiones en un imposible de probar de una asesoría quienes la más perjudicada del traslado y existe indebida aplicación de dicho artículo y por tanto se debe dar aplicación la prueba del artículo 167 del C.G.P., por lo que la asesoría tal como se dijo en el interrogatorio de parte y en la contestación, se dio de forma verbal conforme al Estatuto Financiero y Ley 100 de 1993, situación que incluso se debe estudiar con los principio que rigen a los afiliados conforme al Estatuto Financiero y era obtener el conocimiento e ilustrarse respecto del mismo, enfatizando que la demandante se benefició de ciertas prerrogativas de que si llegara a fallecer, el capital correspondería a sus herederos, rendimientos financieros y como no los necesita, pretende el cambio de régimen. Aunado a lo anterior, existen salvamentos de votos, se debe demostrar un perjuicio y no hay cálculos que permitan demostrar que la mesada pensional que obtendría en el RAIS sería inferior a la del RPM, pues derecho pensional está salvaguardado en ambos regímenes pensionales. De igual forma, Colpensiones tendría que reconocer unos mayores valores, por lo que se solicita aplicar la excepción de oficio de eficacia del traslado, declarada por la Magistrada Rhina Patricia Escobar e, el proceso 022 – 2018 – 00702 – 01.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.



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

CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

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



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al

estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

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

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

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la



demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H.



Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

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

Ahora bien, frente al posible perjuicio que obtendría Colpensiones con el traslado de la demandante, se debe indicar que la entidad cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o



administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

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

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000, para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-022-2018-00384-01. Proceso Ordinario Mariela Murcia Castellanos contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salva veta
porcia*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-022-2019-00094-01. Proceso Ordinario de Mary Luz Rodríguez Sarmiento contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de octubre de 2020; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado a la AFP Protección S.A., y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, con



todos los frutos, manteniendo la afiliación sin solución de continuidad y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se afilió al ISS el 6 de diciembre de 1985, aportando un total de 139 semanas, estando afiliada a dicha entidad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que la demandante se afilió a la AFP Colmena hoy Protección a partir del 1° de abril de 1995, manteniéndose en la misma; que no se le informó que la mesada pensional sería inferior a la que podría obtener en el ISS, por cuanto no se hizo proyección alguna, en la que se tuviera en cuenta el bono pensional, traslado que se originó con ocasión del dicho del asesor que el ISS se iba a acabar y no se podría pensionar, pero sin explicación alguna de las ventajas, desventajas y afectaciones que tendría el traslado, así como tampoco le informó que debería permanecer 5 años en el RAIS, ni lo atinente con la posibilidad de traslado hasta antes de cumplir 57 años de edad; que la demandante ha cotizado un total de 1308 semanas al Sistema General de Pensiones; que elevó solicitud de invalidación de la afiliación ante Protección S.A. el 24 de agosto de 2017, la que fue negada por la entidad mediante escrito del 14 de septiembre de la misma anualidad, bajo el sustento que no se cuenta con elementos de juicio para dejar sin efectos la afiliación; que radicó formulario de traslado ante Colpensiones el 12 de febrero de 2018, obteniendo respuesta negativa en la misma fecha, por cuanto a actora se encontraba a menos de 10 años de adquirir el derecho pensional; que elevó derecho de petición para saber cuánto sería el monto de la pensión de vejez, obteniendo respuesta por parte de Protección el 22 de enero de 2019, en la que se indicó que la mesada sería de \$828.116, mientras que en Colpensiones ascendería al monto de \$2.341.318.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Cesantías y Pensiones Colmena hoy Fondo de



Pensiones y Cesantías Protección S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, junto con los rendimientos a que hubiere lugar y los gastos de administración que tuviere en su poder y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros y activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos, disponiendo su afiliación a Colpensiones.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Protección S.A., interpuso recurso de apelación parcial, tan sólo en lo referente con la devolución de los gastos de administración, por cuanto los mismos se encuentran autorizados por la ley 797 de 2003, que operan tanto en el RAIS, como en el RPM. Aunado a lo anterior, por cuanto en el evento de declarar la ineficacia y se ordene devolver los aportes a Colpensiones, únicamente es procedente el retorno de los aportes de la cuenta de ahorro individual, más los rendimientos, más no así, el pago de las comisiones por administración, pues estos ya fueron causados por la administración de dineros de la cuenta individual, contando con la autorización de Ley, de lo que se establece que son obligaciones acaecidas, máxime en tratándose de derecho laboral, ya que de aplicarse la teoría del negocio del derecho civil, habría una restitución completa y se llegaría a la conclusión que el afiliado debe devolver los rendimiento a la AFP y esta última la comisión de administración al afiliado, pues no se generaría el pago de los rendimientos; de igual forma, aduce que se estaría presentando un enriquecimiento sin causa a favor de la demandante, ya



que no se reconocería la buena gestión realizada por la administradora de pensiones.

Por su parte Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva de las súplicas elevadas. Lo anterior, teniendo en cuenta que no está conforme con la denominación del aquo del término de 10 años que establece el artículo 2º de ley 797 de 2003, pues el legislador no lo estableció como un término prescriptivo, sino creado para salvaguardar el sistema financiero y fiscal de régimen de pensiones, por cuanto el RPM es solidario y en ese entendido la demandante no tuvo principio de solidaridad, pues hace 26 años no cotiza y su aportes no ayudaron a financiar la pensión de nadie y por el contrario, sí recibió rendimiento, de lo que se advierte que no se ha socavado el derecho pensional y si bien no goza de alguna garantía del RPM, sí goza de garantías del RAIS. Respecto de aplicación jurisprudencial, se advierte que no es procedente el traslado por la falta de información, ya que la calidad de abogada de la demandante deja en evidencia que tenía conocimiento de las consecuencias de suscribir el formulario de afiliación, sin embargo dicha parte refuta la falta al deber información de entregar proyección, no obstante tal situación era de carácter temporal, por cuanto para esa época no había obligación de ley y tampoco se sabía cuál era el monto de la pensión 26 años después, ya que el rubro fluctúa con diversas variables que van y el descontento es en la mesada pensional, el que no es imputable a la falta de información y por tanto, es inaplicable el precedente de la Corte Suprema de Justicia.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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



remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que Cesantías y Pensiones Colmena hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del



futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Cesantías y Pensiones Colmena hoy Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el



contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

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

Ahora bien, es necesario precisar que no es posible acoger el dicho de la recurrente referente a que con el interrogatorio de parte de la demandante se puede llegar a la conclusión que la actora tenía toda la información



referente al traslado, ya que por el contrario, ese evidencia que si bien se le brindó alguna información a la señora Rodríguez Sarmiento acerca del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, también lo es, que no se le dio información acerca de las desventajas de efectuar el traslado, situación que pretende se declare como cierta al tener en cuenta la profesión de abogada que ostenta la actora, pues quien tenía la obligación de brindar la información debida era la administradora de pensiones, pues es quien tiene el especial conocimiento del régimen pensional que administra.

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

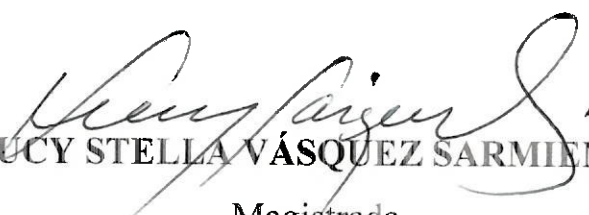
Finalmente, es preciso señalar que si bien la interpretación de la juzgadora de primer grado frente a la imposibilidad de efectuar el traslado dentro de los diez años anteriores a la edad de pensión, también lo es, que en las diligencias no se estaría en contra de tal disposición, pues al declararse la ineficacia del traslado, se entiende que el actor en ningún momento estuvo afiliado en el RAIS y por tanto, su afiliación se mantuvo en el tiempo al ISS, hoy Colpensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las cotas de primera instancia quedarán a cargo únicamente del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y las de esta instancia a cargo de las demandadas.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO. AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO. COSTAS** de primera instancia a cargo únicamente del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y las de esta instancia a cargo de las encartadas; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000, para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvador
porcial*

República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C. treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 023 2018 00296 01. Proceso Ordinario de Geminiano Hernández Castro contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para proferir decisión dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 11 de marzo de 2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

El accionante solicitó mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a reliquidar su prestación de vejez indexando correctamente los salarios, a reconocer el incremento pensional del 14% por persona a cargo, así como los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



Como sustento de sus pretensiones indicó en esencia que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció en su favor pensión de vejez mediante la Resolución 05443 del 8 de noviembre de 1991, en cuantía inicial de \$242.875,00, sobre un total de 1.261 semanas y una tasa de remplazo del 90%.

Afirmó que la referida entidad al momento de determinar el ingreso base de liquidación de su prestación, no indexó los salarios base sobre los cuales cotizó a fin de mantener el poder adquisitivo constante.

Agregó que convive en matrimonio con la señora María Leonor Agudelo, quien depende económicamente de él.

El *aquo* declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la entidad demandada al considerar en esencia que de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en las sentencias SL-2711 de 2019, los referidos incrementos por persona a cargo se encuentran vigentes; pero que, sin embargo, los mismos se encuentran prescritos en forma total.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En cuanto la decisión de primer grado fue adversa al demandante, se dispuso asumir el grado jurisdiccional de consulta respecto de aquellos aspectos no recurridos, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S.

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



CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión entre las partes que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución N° 05443 del 8 de noviembre de 1991, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990; corresponde a la Sala determinar si resulta o no procedente el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y en caso afirmativo, establecer el momento de su exigibilidad, así como, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

En punto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo corresponde indicar que si bien es cierto que, con posterioridad a la publicación de la sentencia SU 140 de 2019, la Sala en forma mayoritaria se apartó respetuosamente del criterio allí expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que en la referida decisión se había abordado el análisis de un punto pacífico en la jurisprudencia sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral; en cumplimiento de fallo de tutela la Sala en forma mayoritaria rectificó su postura mediante sentencia del 4 de marzo de la presente anualidad, para en su lugar adoptar el criterio sentado por la H. Corte Constitucional, en tanto al margen del aspecto formal se acogen los razonamientos de fondo para considerar que los referidos incrementos por persona a cargo fueron derogados con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señaló en la referida decisión:

“Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de



que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.

3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de **'salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior'** (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso sub examine: **'el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.'**

3.2.8. Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión. La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.

(...)

3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría



confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.

3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisibles cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.

(...)

3.2.16. Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos “por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”– corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado.

En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].

La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña



en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2° de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...)”. De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.

En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior.

Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, corresponde a la Sala advertir que en tanto el derecho pensional del demandante se reconoció de conformidad con lo que al efecto establecía el Acuerdo 049 de 1990, el accionante tiene derecho a la aplicación de los referidos incrementos por persona a cargo; sin embargo, tal como lo



determinó el servidor judicial de primer grado, el referido derecho se encuentra prescrito.

En efecto, de acuerdo con lo expuesto en forma precedente, si bien de conformidad con el criterio sentado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019, el derecho al incremento por persona a cargo para el demandante no se encuentra derogado, es del caso tener en cuenta que de acuerdo con el criterio reiterado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias del 12 de diciembre de 2007 dentro del radicado N° 27923, y que reafirma en pronunciamientos del 18 de septiembre de 2012 dentro de los radicados N° 40919 y N° 42300, en los que ha considerado que la reclamación de los incrementos del 14 y 7% previstos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, requiere, además de acreditar los requisitos previstos en el aludido precepto; que se soliciten dentro del término de exigibilidad de los derechos laborales, una vez surjan las causas que les da origen, ya que son accesorios a la prestación pensional, y por esa razón corren la suerte de extinguirse en el mundo jurídico.

Bajo tal perspectiva, en tanto observa la Sala que el reconocimiento del derecho pensional se generó a partir del 8 de noviembre de 1991¹, el accionante contrajo matrimonio con la señora María Leonor Agudelo, el 8 de julio de 2000, y solicitó el reconocimiento del incremento pensional por persona a cargo hasta el 14 de mayo de 2013; no le cabe duda a la Sala de que de conformidad con los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y S.S., resulta procedente declarar probada de forma total la excepción de prescripción propuesta por la pasiva, fundamentos por los cuales se confirmará la decisión de primer grado.

¹ Cfr. Fl. 16.



Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin condena en costas en esta instancia, dado el conocimiento de la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta.

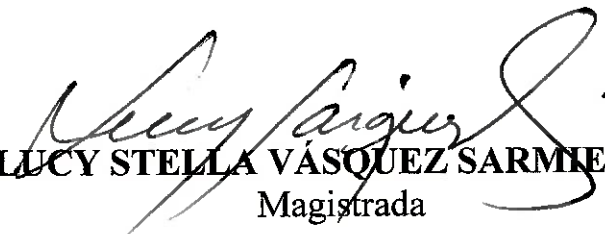
DECISIÓN:

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

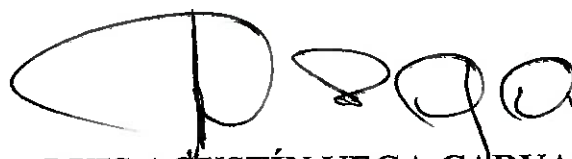
RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las razones expuestas. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Edus Vega*
porcial



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-024-2019-00063-01. Proceso Ordinario Nancy Janeth León Hurtado contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 24 de junio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Protección S.A. y que como consecuencia de ello continúa al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se ordene a la AFP Protección que en el término improrrogable de un mes proceda a trasladar todos los saldos tales como bonos pensionales sumas adicionales, aportes a pensión, capital



acumulado, cotizaciones correspondientes a riesgo previsional, junto con sus rendimientos furtos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C.; y se ordene a Colpensiones reciba todos los aportes girados por la AFP Protección S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 18 de agosto de 1962, que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 23 de octubre de 1986 y que se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de enero de 1997.

Indicó que se le aplicó la fórmula de vinculación que establece el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 en el formato de vinculación, sin ninguna asesoría respecto a la voluntad de vinculación.

Afirmó que con la suscripción del formulario de vinculación se restringió su voluntad de afiliación, en tanto no se le explicó las implicaciones del traslado respecto a su expectativa pensional, ni se consignó en éste aspectos tales como los derechos y obligaciones recíprocas, las condiciones en que sería reconocido el derecho pensional, entre otras.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que el contrato de afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, generó obligaciones recíprocas entre los contratantes y que estaba en cabeza de la demandante la obligación de informarse, frente a las consecuencias de su traslado a un fondo privado. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe en las actuaciones Colpensiones, hecho de un tercero, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, entre otras.

¹ Cfr fls 68 a 90.



Por su parte la AFP Protección S.A. aduce que de acuerdo con el formulario de afiliación la demandante se trasladó de forma libre y voluntaria y que en tal sentido se está ante un acto existente válido y exento de vicios del consentimiento para realizarlo. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión, entre otras.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad suscrita el 6 de diciembre de 1996 y como consecuencia de ello ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante incluyendo los gastos de administración.

Determinación a la que arribó al considerar en esencia que de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se limita a una simple manifestación de voluntad, sino que debe estar ajustada a los parámetros de la libertad informada, esto es que debe estar precedida de una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias del traslado; y que en el asunto no se acreditó tal exigencia por parte de la AFP Protección, siendo esa su carga probatoria.

Inconforme con la anterior determinación las apoderadas de las demandadas, interpusieron recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Protección S.A. se opuso a la condena relativa a la devolución de los conceptos que recibió como gastos de administración,



para lo cual aduce en esencia que dichos conceptos se efectuaron al amparo de un precepto legal válido, exigible, aplicable y vigente; más no por su capricho.

Sostiene que se trata de dineros que se causaron y pagaron durante la administración de dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante; y que en el evento en que se asumo que no realizó su gestión de administración, debe proceder la devolución de todos los rendimientos generados, pues los mismos son producto de su administración y buena gestión; de manera que sería entonces procedente la devolución de los aportes sin los rendimientos generados.

Agrega que de declararse la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelva a su estado anterior, por lo que únicamente se debía ordenar la devolución de los aportes realizados al momento de la declaración, sin los rendimientos financieros generados, debido a que estos son exclusivamente del régimen de ahorro individual y debido a que de haber estado afiliada todo este tiempo no se habrían generado tales rendimientos.

Por su parte la apoderada de Colpensiones, solicita se revoque la sentencia de primera instancia, en la medida que la demandante no cumple con los presupuestos legales para retornar al régimen de prima media con prestación definida y que su regreso se torna injusto que las personas que han sido solidarias con el sistema sean las que tengan que financiar su pensión, en cuanto se encuentra apunto de cumplir los requisitos para su causación.

Solicita se tenga en cuenta que de acuerdo con el estudio tanto de la Corte Constitucional como del Contencioso Administrativo, frente al desfinanciamiento que puede causarse si se permite que todos los afiliados



retornen en cualquier momento al régimen de prima media con prestación definida.

Solicita que en caso de que se confirme la decisión de primer grado, se dé la orden para que su representada pueda iniciar todas las acciones legales tendientes a resarcir los daños y perjuicios que se le puedan llegar a ocasionar a nivel económico, al momento del reconocimiento pensional. Y que en todo caso no se le condene en costas debido que el recurso se interpone para prever el desfinanciamiento del sistema.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es



obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición

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

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

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

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



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

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

Tal como lo consideró la servidora judicial de primer grado, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento

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



jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Protección S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas, exponiendo de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción de los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el



régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, contrario a lo que plantea la recurrente, la AFP Protección S.A., tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante



y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-024-2019-00063-01. Proceso Ordinario Nancy Janeth León Hurtado contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sebe o voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

31

Bogotá, D. C., ~~catorce (14)~~ de mayo de dos mil veintiuno (2021)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05-027-2018-00417-01. Proceso Ordinario Amparo Gutiérrez Cornejo contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la entidad pública demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de julio de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la existencia de un vicio en el consentimiento a la Administradora de Pensiones y Cesantías BBVA S.A., hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de ello de la nulidad de su afiliación al régimen



de ahorro individual con solidaridad; se condene a la demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A. al pago de los aportes con sus respectivos rendimientos financieros sin ninguna clase de descuento y a Colpensiones a recibirla como afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida, así como a recibir los dineros que entreguen las demandadas Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 10 de marzo de 1958 y que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 21 de agosto de 1986, hasta el mes de julio de 1999, cuando se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante la asesoría de una empleada del Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA S.A., actualmente Porvenir S.A.

Afirmó que la Asesora del Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA S.A. el indicó que el valor de su mesada pensional tendría como mínimo un monto de \$11'000.000,00 y que en octubre de 2004 funcionarios de Colfondos S.A. le indicaron que su proyección Pensional sería superior a la ofrecida por Porvenir S.A.; sin embargo ninguna de las asesorías recibidas por parte de los funcionarios de Porvenir y Colfondos, se le explicó las ventajas y desventajas de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Adujo que en el año 2014 cuando se encontraba ad portas de pensionarse se acercó a Colfondos a preguntar acerca del estado de su pensión y allí se le informó que el monto de su pensión oscilaría entre los \$3'500.000,00 y los \$4'000.000,00 para la época en que tuviera derecho a pensionarse.

Indicó que solicitó tanto a Porvenir como a Colfondos una aclaración de su situación frente a lo prometido en los años 1999 y 2004, y que en virtud de la misma funcionarios de Colfondos le indicaron que la información original no había sido completa.



Una vez notificadas las accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ adujo en esencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación al fondo de pensiones Horizonte y posteriormente a Colfondos. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías² adujo que la afiliación de la demandante a Horizonte se presume válida y eficaz, y que el contrato de afiliación que celebró con la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídico, puesto que en él confluyeron todos los elementos para su existencia. Propuso en su defensa las excepciones de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción.

Por su parte la AFP Porvenir S.A.³ adujo que la afiliación de la demandante al RAIS es válida en cuanto sí se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento y características de dicho régimen. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, enriquecimiento sin causa y prescripción.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad realizado a la AFP Horizonte y como consecuencia de ello, condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante y ordenó a Colpensiones afiliarse nuevamente a

¹ Cfr fls 65 a 78

² Cfr fl 97 a 105

³ Cfr fls 152 a 159.



la demandante y recibir las cotizaciones provenientes de Colfondos. Conclusión a la que arribó al considerar en esencia que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., no acreditó la correcta y completa asesoría dada a la demandante al momento de solicitar su traslado de régimen, de acuerdo con el criterio jurisprudencial sentando por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la entidad pública demandada, interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente se revoque la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado, al considerar, de un lado, que no se tuvo en cuenta las reglas contractuales adquiridas por la demandante como consumidor financiero de acuerdo con lo establecido en el Decreto 2241 de 2010, y que tampoco se demostró la existencia de algún vicio en el consentimiento por parte de la demandante, de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 1604 del Código Civil.

Aduce el recurrente que la decisión de primer grado impone a su representada una responsabilidad objetiva, respecto de una persona que estuvo afiliada a otras entidades por largo tiempo, que a su juicio el régimen de prima media no tiene por qué asumir.

Afirma que a partir de que se reciben a portes que no se habían efectuado a favor de una afiliación ajena a su representada, se produce una desfinanciación del sistema de seguridad social, al obligársele a asumir las



consecuencias de una mala afiliación, cuando debería ser Colfondos la responsable de la misma.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente conforme con el cual era la demandante quien debía demostrar la existencia de algún vicio.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga⁴, posición

⁴ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

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

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



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

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

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

Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, y si bien es cierto que, conforme lo refiere la demandante tanto en la contestación de la demandada como al absolver interrogatorio de parte, se le indicó un valor aproximado de su mesada pensional no inferior a \$11'000.000,00, no es posible advertir dentro del plenario que se le hubiere expuesto a la accionante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a dicho monto pensional, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Además, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino que se debe acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

Ahora bien, se advierte que, tal como lo puso de presente el servidor judicial de primer grado, la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogió la *aquo*.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., y como consecuencia de ello la afiliación que posteriormente se realizó a la AFP Colfondos S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES



enfaticando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que, en tanto a la fecha la demandante se encuentra afiliada a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; así mismo, la AFP Porvenir S.A. deberá asumir el pago de las cuotas de administración que descontó en el periodo en que la accionante estuvo afiliada a ella; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora.



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

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia de primer grado, a efectos de **CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración, respecto de los aportes que se efectuaron a favor de la demandante.

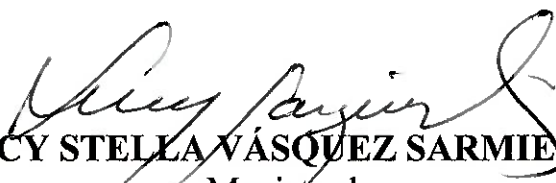


SEGUNDO.- AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en el alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY VOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *solvo voto parcial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

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

Ref.: Radicación N° 11001310503620170035701. Proceso Ordinario de Rolando Augusto Campo Pinzón contra Caja de Compensación Familiar -COMPENSAR. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., a los treinta y un (31) días del mes de mayo de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

ROLANDO AUGUSTO CAMPO PINZÓN convocó a CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR - COMPENSAR, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: en forma principal: reintegro junto con el pago de salarios y prestaciones dejados de percibir. En forma subsidiaria: cesantías e intereses; primas de servicio; vacaciones; indemnización por despido; perjuicios; sanción por no consignación de cesantías; indemnización moratoria; trabajo extra y en días de descanso obligatorio; devolución de lo descontado por retención en la fuente, industria y comercio y timbre; indexación.



Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

Laboró para la convocada desde el 1 de febrero de 1987 mediante contratos de prestación de servicios, desempeñando labores de atención de pacientes de Compensar en la especialidad de otorrinolaringología, procedimientos de apoyo diagnóstico y apoyo terapéutico, realizadas de manera continua e ininterrumpida y de manera personal e indelegable, en jornada los martes y viernes de 8:00 am a 6:00 pm, y sábados de 8:00 am a 12:00 m.

Durante la vinculación laboral se firmaron varios contratos llamados de prestación de servicio y otros de servicio de salud, por lo general tenían una duración de un año prorrogables por el mismo tiempo, entre ellos se firmó el contrato S499 hasta el 31 de marzo de 2012 y prorrogable automáticamente.

Tenía como obligación garantizar el resultado de los indicadores de seguimiento definidos por la convocada, presentando reportes en los tiempos acordados, desarrollar su labor de especialista de acuerdo a las recomendaciones ordenadas por ésta, remitir ayudas diagnósticas, terapéuticas y medicamentos con formatos definidos por la demandada, entregar informes y cumplir agendas impuestas para la atención de los usuarios, percibiendo por su actividad salario mensual de \$15.000.000.00.

Durante el tiempo laborado nunca le fue suspendido el contrato; el 17 de abril de 2015 la convocada le comunicó la terminación del contrato.



ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 30 de noviembre de 2017. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y los restantes los negó; propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido por inexistencia de obligación y causa, buena fe, prescripción, compensación, pago, inexistencia de contrato de trabajo y ausencia de subordinación.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 22 de marzo de 2019, ABSOLVIENDO de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que el juzgado inaplicó el artículo 25 de la constitución política en el sentido de que era su deber proteger al trabajador en esta modalidad laboral de prestación de servicios para la demandada y no lo hizo, en concordancia con la Convención americana de derechos humanos en su protocolo adicional de San Salvador, que establecen que todo trabajador sin importa la modalidad de vinculación tienen derecho al trabajo en condiciones dignas, justas y tratamiento equitativo.

Se quebrantó de la misma manera el artículo 53 Superior de primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones



laborales, pues a pesar de demostrarse la prestación personal del servicio estimó que el contrato fue de carácter civil, sin tener en cuenta que la empresa utilizaba diferente forma como contrato de prestación de servicio de salud de otorrinolaringología o contrato de Unión temporal, desconociendo el principio de primacía del contrato realidad.

Sostuvo que el demandante se encontraba supeditado a las directrices no solamente científicas, sino al resto de actividades, requerimientos, parámetros técnicos dados por Compensar quien le suministraba el sistema vital, le hacía visitas periódicas, solicitudes de información de auditores servicios de salud, análisis de indicadores de gestión, solicitud de control y de servicio de apoyo, diagnóstico terapéutico e incapacidades que no tuvo en cuenta el juzgado y que las cirugías se practicaban como refirieron los testigos se realizaban en consultorio de Compensar o en consultorios de otras entidades, pagado el grupo médico de apoyo y el de quirófano y toda la infraestructura sufragada por Compensar, lo que refleja subordinación, era de un trabajador más que debía atender los pacientes en horarios específicos, sin que el hecho de que inicialmente hubiese prestado el servicio en su consultorio la escatime dada la flexibilización laboral.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.



La prestación del servicio como elemento esencial del contrato de trabajo, compete acreditarla a quien afirma la gestionó, por esa razón, verificada, surge a su favor la presunción legal de existencia de contrato de trabajo a voces de lo normado en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo y la protección Superior del principio de primacía de la realidad consagrado en el artículo 53 de la carta política, para garantizar y efectivizar los derechos mínimos que consagra el ordenamiento sustantivo del trabajo a favor del empleado como parte débil de la relación de trabajo, revistiéndolos el carácter de orden público de obligatorio cumplimiento e irrenunciables.

La acreditación de la prestación del servicio de la cual deriva la presunción de configuración del contrato de trabajo, no es plena prueba para concluir su existencia, ya que la segunda, lo que consagra es una inversión de la carga de la prueba, es decir, que en quien recae, en este caso, a quien se endilga la condición de empleador, a través de los medios de convicción desvirtuarla, considerando que son estos los que legítima y válidamente constituyen el soporte para resolver el entuerto jurídico, a voces de lo normado en el ordenamiento procesal jurídico y Superior, que para los intervinientes en juicio constituyen los instrumentos a través de los cuales ejercen su derecho de acción, contradicción y defensa, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión judicial debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia.

Sobre el alcance de las presunciones el máximo juez constitucional en sentencia C-731 del 12 de julio de 2005, expresó: *“las presunciones no son medios de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal. (...) De esta suerte, las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no*



es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. En virtud de la presunción legal, se tiene una prueba completa desde el punto de vista procesal y es esa exactamente la finalidad jurídica que cumplen las presunciones y sin la cual carecerían de sentido.(...) Tal como se había mencionado, la presunción exime a quien la alega de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. En el caso de las presunciones iuris tantum, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción”.

La acreditación de la prestación personal del servicio no constituye plena prueba para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que iuris tantum, la accionada a quien se le endilga la condición de empleadora, puede desvirtuar que los servicios no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo, siendo entonces la valoración de todos los medios de convicción los que permitan determinarlo.

De cara a lo anterior, la prueba obrante a los autos valorada en conjunto como lo exige el ordenamiento procesal laboral vigente bajo los principios científicos que informan su sana crítica <<artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social>>, permite concluir sin dubitación que la vinculación del demandante como “contratista” no mutó en contrato de trabajo, por ausencia de los requisitos previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo.



El demandante al absolver interrogatorio de parte refiere en detalle la forma como realizó su actividad, de la cual no se vislumbra frente a la convocada la configuración del elemento de la subordinación que caracteriza e identifica el contrato de trabajo, por el contrario, la ejerció autónomamente con total independencia y autonomía, a saber, **i)** la actividad la realizaba desde su consultorio particular con elementos propios para su ejercicio, gestionando personalmente ante la autoridad competente su habilitación y asumiendo directamente los gastos de atención y funcionamiento; **ii)** la contraprestación del servicio derivaba del número de pacientes atendidos y eventuales procedimientos que realizara, lo cual hacía de acuerdo con su criterio e indicación; **iii)** con libertad y por cuenta propia atendía pacientes particulares y afiliados a otras instituciones de salud <<Colmédica y Colsantitas>>, valga decir, usuarios no afiliados de Compensar; **iv)** libremente definía y establecía su agenda y en la misma forma podía suspenderla discrecionalmente por razones personales (asistencia a congresos o descanso), para lo cual simplemente informaba a Compensar no requiriendo su autorización; **v)** durante los periodos de suspensión Compensar simplemente le reagendaba los pacientes o los remitía con otro profesional, o él directamente solicitaba a otro profesional la atención de sus usuarios asignados durante ese interregno, sin que para ello fuera necesario informarlo u obtener permiso de Compensar, pues eran éstos quienes cobraban la atención de esos usuarios; **vi)** durante la vigencia del vínculo que perduró por espacio de más de treinta años no fue objeto de ningún tipo de llamado de atención; **vii)** durante los 7 años anteriores a la terminación de la gestión, contrató directamente a su costo los servicios de una empleada para el ejercicio de su actividad.

La versión del demandante por producirle consecuencias adversas y a su vez favorecer a la convocada a quien se le quiere enrostrar la condición de empleadora, constituyen confesión a voces de lo previsto en el artículo 191 del Código General del Proceso, sobre la forma como se cumplió la actividad



prestada, por lo tanto, suficiente para establecer la inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que se reclama bajo el principio de prevalencia de realidad sobre las formas establecidas por las partes e inoperancia de la presunción prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo, máxime cuando los demás medios de convicción valorados en la formas indicada lo corrobora, así la prueba testimonial al unísono refiere las mismas situaciones fácticas que a título de confesión describió el actor y la prueba documental lo coadyuva.

El hecho que Compensar hubiese efectuado algún tipo de control sobre la actividad contratada no le imprime actos de subordinación sino de, i) simple directriz y comprobación, y ii) vigilancia y control que compete a quien contrata o delega cualquier tipo de servicio. Con mayor razón, cuando se trata de una actividad médica que por sí sola para el prestador directo del servicio, exige la acreditación y cumplimiento de los requerimientos establecidos legalmente, y a la contratista a realizar su actividad dentro del margen estatuido en la ley rectora del sistema de seguridad social integral y demás que la complementa, como entidad promotora de salud, y dentro de ese marco normativo la primeramente llamada a responder por su incumplimiento, por esa razón, es perfectamente válido que despliegue actos propios para la verificación o constatación del cumplimiento de las exigencias establecidas normativamente por la autoridad competente para ese tipo de actividad.

Tampoco resulta acertado considerar el cumplimiento de horario para la configuración del elemento subordinación típico del contrato de trabajo, considerando como lo ha sostenido la máxima Corporación del trabajo, que el hecho de que los servicios se ejecuten dentro de un horario determinado no significa que se pueda pregonar la pretendida subordinación y señalar que la modalidad contractual de prestación de servicios perfectamente válida cambió a la de contrato de trabajo, principalmente cuándo aquel se ciñó a lo que



expresamente en forma voluntaria y libre ofreció el actor como contratista de la convocada para la atención de sus usuarios en instalaciones propias y no en instalaciones de aquella, y autónomamente y a pesar de que se hubiese programado atención de acuerdo a su agenda, libremente y sin ninguna consecuencia podía suspenderla.

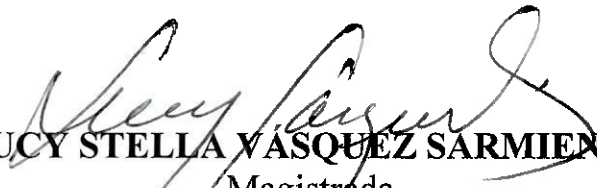
Los medios de convicción evacuados dejan en evidencia la autonomía del contratista en la ejecución de la actividad contratada, por lo tanto, ineficaz la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo por encontrarse demostrada la inexistencia del elemento subordinante típico del contrato de trabajo e inoperante el principio de la primacía de la realidad sobre las formas estatuido en el artículo 53 de la Carta Política, pues esta directriz constitucional no puede ir al punto de desconocer otro principio que rige las relaciones interpersonales como el de la autonomía de la voluntad contractual libremente expresada, que permite jurídica y válidamente la celebración de contratos de prestación de servicios, sin olvidar que ese principio se aplica igualmente para la empleadora, pues lo que protege es la garantía de la realidad, y se demostró que en la realización de la labor, el contratista no sólo sabía desde el inicio cual era la naturaleza jurídica del vínculo que sostenía con la demandada, lo que significa en sana lógica, que la relación así fue querida, pues no de otra forma actuó frente a ella con total autonomía, discrecionalidad e independencia como lo dejó en evidencia el caudal probatorio valorado, y en ese mismo sentido, contrario a lo manifestado por el impugnante, inquebrantado el artículo 25 de la constitución política, pues es sumamente claro que esa vinculación de prestación de servicios representó para el actor mejores condiciones laborales, ya que además de la retribución recibida por Compensar por la atención de sus pacientes, recibía remuneración directa por la atención de particulares y de otras instituciones de la salud.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000,00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado