

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 37 2019 250 01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: DELIO GABRIEL ISAZA MERCHAN
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 20 de enero de 2021, proferida por el Juzgado 37 laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora se declare la nulidad del traslado y de la afiliación en pensiones que el actor realizo a PORVENIR S.A. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Que se condene a la demandada COLPENSIONES, a reactivar la afiliación de la parte demandante. Finalmente solicita se condene a las demandadas al pago de los perjuicios morales causados a la parte demandante y al pago de las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita se declare inexistente el acto jurídico por medio del cual se realizó el cambio de régimen pensional. (fl.- 5-6)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando, en síntesis:

- Que nació el 06 de junio de 1.958 y se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 07 de febrero de 1991 y hasta el año 2000.
- Que en el mes de enero de 2000, no recibió información técnica y adecuada y suscribió formulario de afiliación con la AFP PORVENIR S.A.
- Que dicha afiliación se realizó por considerar que el RAIS era más beneficioso.
- Que su consentimiento estuvo viciado a la hora de la afiliación a este Fondo por lo que adolece de nulidad absoluta.
- Que el asesor de la demandada, encargado de la afiliación, no contaba con título profesional, o con capacitación adecuada, que los acreditara o les permita suministrar información completa, veraz y suficiente, para la toma de la decisión.
- Que no le indicaron los factores que se tenían en cuenta para el cálculo de su mesada pensional.
- Que nunca le informaron los riesgos de la afiliación.
- Que nunca le informaron que su pensión sería inferior si se trasladaba al RAIS.
- Que nunca le advirtieron sobre la negociación del bono pensional.
- Que nunca le advirtieron sobre como funcionaba financieramente el fondo privado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

- Que elevó reclamación administrativa en contra de la demandada - COLPENSIONES (fl.- 7 - 9)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 2.1 a 2.03, 2.23 y 2.24, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, improcedencia del pago de costas. (fl. 71-89).

Por su parte la demandada **PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 21 y 22, para los demás manifestó que no le constan o que no son ciertos. Propuso las excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa y buena fe. (fl. 120 - 147).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia de fecha 20 de enero de 2021, resolvió, declarar la ineficacia del traslado que efectuó el demandante DELIO GABRIEL ISAZA MERCHAN, del RPM al RAIS. Condenó a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales si hubiere lugar a ello. Condenar a COLPENSIONES a recibir los valores que remita PORVENIR S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a PORVENIR S.A.

Fundamentó su decisión, el Juez de Primer Grado, señalando en síntesis que en el asunto las administradoras de pensiones tienen la obligación de informar a los posibles afiliados todos los pormenores de dicho cambio de régimen,



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Señaló también que según la Jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, la carga de la prueba está en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones y que no se pueden hacer distinciones a este deber de información, esto es, se debe realizar con todos los posibles afiliados, sin importar si tienen derechos adquiridos o característica especial.

Señaló que las administradoras no se pueden relevarse de dar la información en el momento que se debió dar, esto es, de manera oportuna, en tal sentido y luego de analizadas la totalidad de las pruebas allegadas al proceso concluyó que PORVENIR S.A. no brindó la información necesaria, en los términos debidos o por lo menos no allegó prueba alguna que evidenciar dicha situación, y por tanto procede la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Indicó que el deber de información debe estar presente no solamente para un grupo de personas, porque sería un actuar discriminatorio por lo que no es necesario contar con una suerte expectativa pensional o derecho causado para que sean aplicables las reglas de la jurisprudencia en este tema, y como quiera que, en el presente caso, la demandada no demostró la información suministrada al actor, accedió a las pretensiones de la demanda, en los términos antes señalados.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada de la parte actora, interpuso recurso de apelación, señalando:

“Interpongo respetuosamente recurso de apelación parcial frente a la decisión de no condenar en costas a COLPENSIONES ya que fue parte vencida en la presente litis y en este sentido de manera muy respetuosa al H. Tribunal se sirva revocar ese numeral que adoptó esta determinación, ya que las pretensiones de la demanda fueron concedidas y una de las pretensiones de ese libelo debidamente controvertido por la demandada COLPENSIONES ya que se opuso de forma activa a la misma y siendo consecuencia directa de poner en movimiento el aparato judicial y de la controversia surgida en estrados judiciales estas deben ser igualmente reconocidas. Debe recordarse que el legislador ha acogido un criterio objetivo en el cual las costas siempre



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

corren a cargo de la parte vencida por así expresarlo el CGP, in razón diferente a ser vencido en juicio”

Por su parte la apoderada de la demandada PORVENIR S.A.:

“Estando dentro del con el término procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, en os siguientes términos: primero solicito se revoque la sentencia ya que el actor también incumplió con el deber de diligencia y cuidado el cual conlleva a que no deba ser beneficiado de su propia culpa o negligencia en su actuar y esto esta probado que solo encontrándose el actor en la prohibición del literal E del art. 13 de la ley 100 fue que se preocupó por su pensión, además como lo manifesté en mis alegatos de conclusión la inconformidad solo se presenta en edad de pensión y por la diferencia del monto de la pensión en los dos regímenes pensionales pues el actor decidió de manera libre y voluntaria trasladarse régimen pues se sometía a estas nuevas características o a lo que él estuviera arreglado para el régimen de ahorro individual, por lo tanto pues al resto podía verse afectado o beneficiado por lo que no puede señalarse que por haber una diferencia entre las mesadas pensionales entonces los fondos en ese caso mi representada en cumple con su deber de información por eso que no es lógico que se solicite una ineficacia del traslado por una falta del deber de información con la realidad es que si se cumple con la información para el momento de los hechos cuando la verdad pues es la inconformidad entre las mesadas pensionales que recibirían entre uno y otro régimen entonces que fuera contrario sin el régimen privado pues no, no se estaría buscando la ineficacia del traslado y es claro también pues de que las prestaciones que se reconocen en uno y en otro reina pues no son comparables si bien su finalidad Imelda dónde vive el régimen de media por garantizar los derivados de la vejez la muerte del reconocimiento en el régimen de prima media, así como tampoco procede el reembolso de los gastos de administración, por que no es lógico que se tenga que reintegrar las sumas que invirtió para mantenerlo de los mandatos legales, por lo que no es justo que tengan que devolverse estas sumas cuando nosotros cumplimos con lo ordenado y pues los rendimientos se ven reflejados en la cuenta de ahorro individual, es por esto señores magistrados que solicito se revoque esta sentencia, muchas gracias”

La apoderada de COLPENSIONES:

“Interpongo recurso ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, para que revoque las condenas impuestas en esta instancia en contra de mi representada toda vez que tener como afiliado al señor Delio se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema basado en la prohibición legal en la que ya se encuentra inmerso el demandante ya que la Corte Suprema de Justicia ha impuesto del deber del buen consejo a las AFP, también lo es que los afiliados tienen obligaciones y la información que extraña no haber recibido el demandante o mejor dicho no recordar haber recibido se encuentra contenida



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

en la Ley 100 de 1.993 norma de conocimiento público y obligatorio cumplimiento, el material probatorio que se recaudó aquí no es concluyente para determinar la ineficacia del mismo, del demandante no desconoce la existencia y el contenido de la asesoría dada, así como tampoco los supuestos de este caso guardan similitud con los encontrados en la jurisprudencia al respecto, por lo que dichos actos no se derivan en una ineficacia, máxime cuando no se han vulnerado derechos a la seguridad social, por cuanto no ha solicitado prestaciones ante PORVENIR, luego entonces se desprende que el demandante brindó un consentimiento informado que surgió al conocer el objeto de traslado, por lo que solicito a señores magistrados absuelvan a mi representada de las pretensiones aquí incoadas.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas y parte actora, así mismo, dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, se tiene que lo pretendido por el señor DELIO INES SARMIENTO SANCHEZ, se circunscribe a la resolución del contrato de administración de aportes, que se formalizara mediante formulario suscrito el 31 de enero de 2000 con la AFP PORVENIR S.A.

En este orden, si bien se peticiona la resolución del contrato de afiliación, lo cierto es que se alega como consecuencia de la falta de información en dicho acto, caso en el cual, lo pretendido se debe abordar bajo la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por PORVENIR S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor el 31 de enero de 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado del actor, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en su recurso, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no sale avante el argumento planteado en el recurso de apelación por parte de Porvenir S.A., respecto a la improcedencia de trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el presente caso, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Finalmente y en lo que tiene que ver con la inconformidad presentada por la parte actora, ante la absolución a COLPENSIONES, respecto de la pretensión relacionada con su condena en costas del presente proceso, es necesario advertir que, contrario a lo señalado en el recurso, la condena en costas no es de aplicación automática, y como quiera que dicha entidad no medió en el traslado del régimen pensional desinformado, que generó la ineficacia que aquí se confirma, se confirmará la decisión del juez de primer grado en su totalidad.



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**EN USO DE PERMISO
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 37 2019 00250 01 Dte: DELIO GABRIEL
ISAZA MERCHAN Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO .

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 36-2018-409-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE BAQUERO
MORENO**

DEMANDADO: BANCO DE OCCIDENTE

En Bogotá a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferido por el Juez Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de abril de 2021, por medio del cual absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente Digital).

PRETENSIONES

El señor **JORGE ENRIQUE BAQUERO MORENO** a través de apoderado instauró demanda en contra de **BANCO DE OCCIDENTE SA**, para que mediante el tramite de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo desde el 17 de julio de 2012 y hasta el 23 de diciembre de 2016, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador. En consecuencia, solicita indemnización por despido, indemnización por no tener autorización de inspector gozando de estabilidad laboral reforzada, prestaciones, vacaciones y aportes (Expediente Digital).

HECHOS

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que el 17 de julio de 2012 se vinculó como especialista de

producto de banca empresarial, funciones que cumplió hasta noviembre de 2013, que el salario era de \$2.100.000, que el 1 de noviembre de 2013, fue ascendido a gerente de relación banca empresarial, con una asignación de \$3338.000, que el 23 de noviembre de 2016, inicia su periodo de vacaciones, que el 7 de diciembre de 2016, nace su hija, por lo que el demandante gozaba de estabilidad laboral reforzada, que el 8 de diciembre se suspende por 8 días hábiles el disfrute de sus vacaciones, para gozar de licencia de paternidad, que el 22 de diciembre de 2016, se dio la finalización de las vacaciones, que es día es notificado de una diligencia de descargos, que por unas irregularidades ocurridas el 14 de junio de 2016, que el 23 de diciembre de 2016, se le comunica el despido con justa causa.(Expediente Digital).

La demanda fue contestada, a través de apoderada la cual se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, afirmando que el contrato terminó con justa causa, agregando que el demandante nunca ha gozado de estabilidad laboral reforzada. En cuanto a los hechos los negó en su mayoría afirmando que el contrato terminó con justa causa y que no existía estabilidad laboral reforzada. Aceptó la existencia del contrato, pero hizo aclaraciones en cuanto al cargo. Propuso las excepciones de inepta demanda por indebida acumulación de pretensiones, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo, calificación de falta grave por los contratantes, pago, compensación, inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin causa, buena fe, prescripción, inexistencia de nexo causal entre la terminación del contrato y su condición de padre, inexistencia de estabilidad laboral reforzada, genérica. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia el juez 35 Laboral tomó la decisión que hoy revisa la Sala afirmando lo siguiente:

“...Conforme quedó clarificado el tema en la primera audiencia no solamente en la etapa de fijación del litigio sino también respecto de la excepción previa que en su momento propuso la encartada tenemos que las pretensiones que el despacho debe analizar en esta sentencia corresponden conforme al escrito de subsanación de la demanda, son la declaratoria de existencia de un contrato de trabajo entre las partes a término indefinido del 17/07/2012 al 23/12/2016 el cual se solicita también se declare terminación sin justa causa por parte del empleador. En cuanto a las pretensiones de condena tenemos la relativa a la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización del numeral tercero del artículo 239 del código sustantivo del trabajo, las costas con agencias en derecho y

finalmente la parte actora solicitó que se acceda a cualquier otra creencia de naturaleza laboral que se encuentre probada conforme a las facultades para decidir de manera extra y ultra petita.

...Adicionalmente en las audiencias se dictaron y practicaron las pruebas y se cerró el debate probatorio, hoy se escucharon los alegatos de conclusión de los apoderados de las partes y por ende entrara el despacho a resolver de fondo al no existir causal de nulidad que impida ello y también por estar plenamente reunidos los presupuestos procesales. En este punto como ya se mencionó y se dejó claro desde la primera audiencia también, **está probado con suficiencia el contrato de trabajo que unió a los extremos hoy de la litis, que ese contrato fue a término indefinido y que se dio del 17/07/2002 al 23/12/2016 también está acreditado que el último cargo desempeñado por el accionante fue el de gerente de relación banca empresarial, que su última asignación salarial fue de \$ 3,338,000 mil pesos** y estos hechos además de ser aceptados por la encartada se corroboran con el contenido de ese contrato individual de trabajo de folios 34 y 35, la carta de terminación de ese contrato por los folios de 37 a 40 y la liquidación definitiva de prestaciones sociales de folio 41, en ese orden de ideas y conforme reiteró la fijación del litigio.

Entrará el despacho a analizar primero lo relativo a la indemnización por despido sin justa causa o por terminación unilateral del contrato sin justa causa que reclama el demandante, tenemos probado en autos eso no fue motivo de discusión tampoco, que efectivamente fue el Banco de Occidente el que decidió dar por terminado el vínculo laboral que lo unía con el señor Jorge Enrique Baquero Moreno además obra a folios 37 a 40 en el archivo de PDF Folio 50 a 53 la carta mediante la cual se comunicó esa terminación del contrato de trabajo para el 23/12/2016. En ella se hizo alusión por parte de la encartada a un conocimiento que había tenido por parte de la gerencia de gestión humana el 16/12/2016 de unas presuntas irregularidades y omisiones presentadas en el proceso procedimiento y políticas de crédito establecidas por el Banco para la aprobación y desembolso de los créditos asignados a la banca empresarial y pymes y en especial se hizo mención al crédito aprobado y desembolsado al cliente Julián Restrepo Abril. Se señaló entonces en la misiva que la accionante había solicitado y tramitado un crédito de cartera ordinaria por un monto de 30 millones de pesos para el referido cliente que ese había sido aprobada el 14/06/2016 teniendo presente que el cliente a su vez era socio y codeudor de la empresa de arquitectura y señalización con un monto desembolsado de 160 millones de pesos y que por ello era improcedente la cartera ordinaria por 30 millones de pesos ya que se debió advertir y consolidar la obligación que presentaba el cliente como codeudor de arquitectura y señalización entre otros.

El sentir de la empresa y como lo refirió en esa misiva los hechos mencionados constituyen justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo por incumplimiento grave de las obligaciones emanadas del contrato laboral el reglamento interno de trabajo y el código de ética y conducta suscrito con el Banco y que eran de conocimiento del actor y que por ello la entidad perdió la confianza depositada en el trabajador y conllevó la terminación del vínculo de manera unilateral y con justa causa citándose allí los numerales 13,9 y 6 del literal A del artículo séptimo del decreto ley 2351 de 1965 en concordancia con el numeral primero del artículo 58 y el numeral

cuarto del artículo 60 del CST y demás normas concordantes. Determinado lo anterior entonces debe analizar el despacho si los referidos hechos en efecto existieron y si se configura una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo al punto y como se extrae del mismo texto del acta de la diligencia de descargos. Así lo refirió por ejemplo el apoderado de la encartada tenemos que efectivamente, **el accionante no desconoció la comisión de esas conductas o las comisiones en las que incurrió en ese momento pues de manera textual indicó cuáles eran las funciones inherentes a su cargo que relacionó como las debidas colocaciones y depósitos para cumplir las metas, tener en cuenta que las colocaciones son los créditos carteras ordinarias unidirecto, factoring ,leasing cuando hablamos de depósitos las cuentas de ahorros, cuentas corrientes, CDT e impuestos, para cumplir las utilidades dispuestas por la gerencia de zona y la vicepresidencia y las partes, el acta de la diligencia de los cargos obra a folio 169 a 176 del expediente en físico en el archivo de PDF folios 200 a 207.** Además el accionante señaló de manera clara las respuestas a las preguntas 6 y 7 que sí conoce el reglamento interno de trabajo y que si conoce o conocía para ese momento del código de ética del Banco y frente a la pregunta novena en la cual se le indagó sobre cuál es el proceso y procedimiento establecido por el Banco para aprobar y desembolsar las solicitudes de crédito asignadas a banca empresas desde el momento en el cual el cliente realiza la solicitud hasta su desembolso el accionante dijo lo siguiente “se visita el cliente área ,tener conocimiento qué necesidades tiene, se le piden los documentos, balances, declaración Cámara de Comercio ,composición accionaria luego se realiza un Word flow para la reclasificación de cifras y se realiza el informe para pasarlo a crédito luego se hace un Word flow para pasar la solicitud dependiendo de la línea de crédito que el cliente solicita crédito realiza el estudio y envía la aprobación dependiendo el análisis que ellos hacen si es una línea cartera ordinaria uni directo o factoring se le informa al cliente que la operación ya fue aprobada para que se acerque a la oficina a firmar los documentos y se envían al área desembolsos y si no hay inconvenientes se le desembolsan a la cuenta del cliente”, frente a la pregunta número 10 en la que se le indagó qué pasaba cuando el gerente comercial evidencia que un cliente tiene obligaciones crediticias vigentes con el Banco y presenta nueva solicitud de crédito ¿cuál es el proceso que debe adelantar el gerente? contestó “ la renovación de las cifras nuevamente hacer el mismo proceso Word flow con el área de crédito para que ellos verifiquen las cifras renovadas y determinen si el cliente se le puede realizar la renovación aumento o se le indique el nivel de endeudamiento”, frente a la pregunta 11” sírvase informarnos que en el proceso de consolidación de pasivos contestó, cuando el cliente tiene más de una obligación o es socio de un grupo de empresas o tiene vínculos con la banca personal en Banco de Occidente” luego en la pregunta 21 se le indagó si conocía el motivo por el cual había sido llamado a diligencia descargos y en caso afirmativo que explicara de forma detallada los hechos que habían originado la diligencia contestó: “ sí señor sí los conozco en relación con el cliente William Restrepo de arquitectura y señalización cuando yo llegué a la oficina ciudad de Cali en febrero de 2014 aproximadamente en calidad de gerente supernumerario a reemplazar las vacaciones de la doctora María Claudia Chavarriaga

contaba con un mes de capacitación estaba empezando y la unidad avenida ciudad de Cali ya contaba con una base de clientes entre los cuales se encontraban varias personas naturales y entre ellas el señor William Restrepo quien ya tiene desde entonces aprobaciones como cliente persona natural y una aprobación de arquitectura y señalización dada por la gerente zonal por 160 millones de pesos del mes de febrero de 2016, las aprobaciones venían desde que yo llegué **y tal vez mi error fue ir renovándolas siempre y sin tener en cuenta a la sociedad que él tiene con arquitectura , cometí el error de omitir verificación no fue error de mala fe yo lo que hago es renovar mis clientes y omití ese pedazo.** Cuando la doctora Claudia Patricia Renova al cliente arquitectura y señalización en SEO de 190 millones de pesos el 14/10/2016 con pleno conocimiento del cliente ella lo conoce, el cliente Julián se encuentra al día con sus obligaciones tal vez por eso omití y olvide decirle a ella recogiera en una sola deuda y si se le hubiera recogido la deuda de William dejando por fuera esos 30 millones de pesos normalmente cuando un cliente está vencido uno intenta recogerle las obligaciones pero como el cliente William estaba al día es error humano el mío al haber omitido recoger esas obligaciones, también pero se me pasó en ese instante no fue de mala fe mía” frente a la pregunta 22 sírvase informarnos cuando le informó usted de esta situación irregular a la gerente zonal Claudia Patricia Soleno contestó “ No como les decía ella no conoce al cliente recogimos las obligaciones de arquitectura pero en el momento no nos sentamos con ella y con el cliente Jaime pulido y William Restrepo no se tuvo en cuenta la obligación de William y debido a que el crédito estaba al día se pasó por alto recoger esa obligación” pregunta 26 ¿sírvase informarnos cuáles fueron las causas para otorgarle al cliente William sobregiros por valor que estaban por encima de sus atribuciones? Contestó: “ el sobregiro que se le daba a William se le concedió con el monto que está bajo mi atribución de 20 millones de pesos y no se pasó de los 15 días siempre fue cumplido al reunirnos con la gerente zonal y con conocimiento de ella y en cita con el cliente el cual ustedes pueden contactar se tomó la decisión de no volver a darle a William sobregiros aunque estuvieran cumplidos y en la misma reunión con conocimiento de la gerente zonal y delante del cliente se dijo que se iba únicamente a manejar sobregiro con la cuenta arquitectura, ratifico que nunca me excedí en las atribuciones de sobregiro, pregunta 27 el día 11/10/2016 su jefe Claudia Patricia Soleno le solicita el informe sobre los sobregiros excedidos sin su autorización de la empresa arquitectura y señalización y de William qué tiene que decirnos al respecto se le pone de presente el correo mencionado contestó “estaban en sobregiro las 2 cuentas la de William y la de arquitectura y no podían estar sobregiradas en el momento en que ella aprueba los 190 millones de pesos en fecha o se normalizan los sobregiros y la cartera”, pregunta 29 ¿los sobregiros otorgados a William arquitectura excedía sus atribuciones? **contestó sí quedaron grabados por un mayor valor en el momento en el que caigo en cuenta le solicitó al cliente que normalice el sobregiro para que no se presentara el exceso de atribuciones”** , por último se le preguntó en lo que interesa al despacho ¿cuándo se realizaron estos sobregiros? pregunta 30 contestó **“más o menos septiembre comenzando octubre de 2016”**, también como los refirieron los apoderados en sus alegaciones se escucharon tanto interrogatorios a la representante legal del Banco demandado y

a la accionante y también algunos testimonios de los cuales considera el despacho relevante traer a colación lo siguiente; el actor reconoció en este interrogatorio que en efecto como lo había dicho en la diligencia de descargos omitió consolidar la deuda relativa al cliente William Restrepo y a la empresa arquitectura y señalización de la que ese cliente era socio, también dijo que por reglamento tenía que verificarse esos casos cuando se trataba de personas naturales o de personas jurídicas agregó que efectivamente él incurrió en un error humano pero señaló que él iba como supernumerario una vez y que luego lo dejaron en ese cargo, que no recibió capacitación. Cuando se le preguntó si había reportado que el cliente en cuestión estaba en su cartera que era de personas jurídicas contestó que no porque esa cartera venía así y había varias personas jurídicas, señaló en esa diligencia inicial practicada en este despacho el accionante que efectivamente había otorgado al referido cliente sobregiro superiores a los límites, que en efecto se había excedido en sus atribuciones y que se había desempeñado como gerente el último cargo un año, también tenemos la versión de la señora Claudia Patricia Solano guerra esta es una testigo común ya que fue decretada a instancias de ambas partes y ella nos dijo que labora en el Banco hace 20 años, que fue la jefe del demandante para los años 2015 ,2016 que por política todos los funcionarios del Banco tienen atribuciones que no se deben sobrepasar, que para la situación ocurrida respecto del señor Vaquero Moreno, se había dado cuenta la entidad durante el tiempo en que el trabajador estuvo disfrutando de sus vacaciones y había sido reemplazado por un supernumerario y que en ese orden se había verificado que el accionante había otorgado al cliente William Restrepo un sobregiro y un crédito en el mes de octubre de ese año que para el efecto no se había consolidado la deuda que tenía la empresa arquitectura y señalización de la cual también era socio el referido cliente y que además se venían presentando deudas repetidas con relación a ese cliente y a esa empresa, señaló la testigo que el demandante no le informó que había otorgado ese crédito, que además por sus atribuciones no debía exceder un valor de 20 millones de pesos de sobregiro que eso le había sido indicado a través de una carta a comunicación escrita **y que sin embargo en este caso había otorgado un sobregiro de cerca de 50 millones de pesos, que este límite era no solamente sobre respecto de sobregiro sino también respecto de cartera** y que esta había sido la falencia que se había evidenciado en el caso concreto y que pues consolidar se entiende como sumar los créditos de los socios de la empresa y llegar entonces a unificar a tener una sola obligación dijo entonces que el señor Jorge Enrique Baquero Moreno le había otorgado 30 millones de pesos a la persona natural y 30 millones de pesos a la persona jurídica que el actor sí tuvo un proceso de capacitación y además llevaba más de un año en el cargo cuando ella llegó a esa oficina, también refirió que el Banco no hace aprobaciones automáticas que es el gerente que debe revisar los documentos, verificar centrales de riesgos y hacer todos los trámites pertinentes que además en una circular está establecido el tope de las atribuciones y la ruta a seguir y que por fuera de ello además el actor debía escalarle a ella a la jefe inmediata pues la situación, **que además el demandante no atendía por su cargo personas naturales y que por ende debió pasar al cliente a ser atendido por el** está citada y a instancia también del extremo accionante, pues lejos de significar que en efecto esas conductas no

ocurrieron o que eventualmente no eran atribuidas al actor, **pues por el contrario refirió que justamente tenía que ver con sus atribuciones que excedió todas esos límites que tenía determinados por parte del empleador y que además era una persona que conocía perfectamente cuáles serán los procedimientos establecidos por el Banco al punto que llevaba desempeñando el cargo más de un año cuando llegó la referida testigo.** También el señor Óscar Libardo Urbano Otalora citado a instancias de la parte demandada y que nos dijo laborar en la entidad desde hace por lo menos 23 años y haber sido analista jefe y director, comentó que él llegó como gerente supernumerario a reemplazar al demandante, que el cliente le pidió un dinero como a título de crédito y él le había dicho que no tenía la potestad por lo cual le había contado al jefe y allí se dieron cuenta que pese a que el máximo de crédito que se podía otorgar el aquí demandante le había dado que era de 20 millones le había dado 50 millones que además pues se pudo evidenciar que el accionante había atendido a una persona natural en cuanto a esa solicitud crediticia cuando él sólo tenía cargo banca empresarial y que el sobregiro fue concedido a valga la redundancia esa persona natural. Por último escuchamos la declaración del señor Nelson Eduardo Cortés también lo citó la parte demandada nos dijo ser analista senior de talento humano, desde hace cuatro o 5 años pero trabajar en el Banco desde el año 2008 nos dijo que antes de iniciar la diligencia de descargos se le había puesto al accionante presente las pruebas que además se le había preguntado por su conocimiento del código de ética y de los procesos del Banco que además se trató en esa diligencia y el demandante dijo conocer las políticas de consolidación de pasivos y de segmentación es decir la diferencia entre la banca de personas y la banca empresarial que en esa diligencia el demandante aceptó ser gerente de banca empresarial, haberse excedido en sus atribuciones que llegaban al límite de asignar u otorgar un valor de 20 millones de pesos que había reconocido en ese momento los incumplimientos a sus obligaciones como empleado del Banco y además pues también nos menciona ese testigo que el cargo del actor justamente por ser el de gerente era de mucha confianza y que por ello se debió atender con mayor rigurosidad todos los procesos establecidos por el Banco.

En conclusión, encuentra el despacho absolutamente probado y sin lugar a dudas que efectivamente el señor Jorge Enrique Moreno no solamente se excedió en sus atribuciones al punto que atendió a un cliente persona natural cuando solamente podía realizarlo respecto de personas jurídicas, se excedió en los límites que podía otorgar bien sea en cuanto a sobregiros o en cuanto a cartera como él mismo lo reconoció. Además según él también aceptó no sólo en la diligencia de descargos sino en su interrogatorio que tampoco tuvo la precaución de consolidar la obligación o de verificar que ese cliente a su vez era codeudor de las obligaciones de la empresa de la cual era socio y otras circunstancias expuestas en la misiva y referidas en la carta Efectivamente encontramos que esa conducta además está pactada en el contrato en la cláusula séptima como una falta grave que daba lugar a la terminación del contrato de trabajo así en el literal A de esa cláusula que se puede leer a folio 35 del expediente en el archivo de PDF folio 48 a partir de ese literal A se lee lo siguiente “ el incumplimiento de cualquiera de las

obligaciones especiales establecidas en el artículo 58 del CST, la realización de actividades en contravención de órdenes superiores o de reglamento de carácter culposo o negligente omisivo o doloso que atenten o incidan negativamente contra los intereses del empleador o de terceros” , en el literal G se lee “ la extralimitación de funciones que afecten o pongan en peligro los intereses del empleador” y en el literal L “ se habla de la entrega de documentos sin el lleno de las formalidades legales establecidas por el empleador y el no aviso oportuno a estos hechos al inmediato superior”. Adicionalmente y aún en gracia de discusión si consideráramos que la conducta como tal no estaba pactada directamente por las partes como una hecho grave o una falta grave que diera lugar a terminación del contrato también se considera que el accionante incurrió en lo establecido en el numeral primero del artículo 58 del código sustantivo del trabajo que es una de las prohibiciones señaladas en el artículo 62 del CST y numeral sexto literal A y que corresponde “ realizar personalmente la labor en los términos estipulados ,observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le impartan el empleador o sus representantes según el orden jerárquico establecido”. Ahora no puede aceptarse esa manifestación del accionante vertida en la licencia descargos de no haber recibido capacitación para el cargo pues por un lado vemos que su jefe directo nos indicó que él sí la tuvo y por el otro independientemente de esa circunstancia el accionante ya desempeñaba el cargo ese mismo cargo desde hacía por lo menos 1 año y adicionalmente debía conocer de manera expresa clara y precisa cuál era el procedimiento que debía haber adoptado con relación a ese cliente William Restrepo y cuáles eran las falencias en las que había incurrido.

Adicionalmente no existe prueba de que el trabajador haya tenido algún otro llamado de atención o sanción por el incumplimiento de sus labores, de hecho según él mismo narró en la demanda fue ascendido a un cargo de nivel superior y de hecho se advierte justamente que la empresa demandada tenía confianza en esa labor del trabajador al punto que no ejercía un control estricto sobre las funciones al punto que **en la diligencia de descargos el mismo accionante aceptó que desde el año 2014 venía realizando las aprobaciones sin realizar la consolidación de las obligaciones y que sólo hasta el año 2016 quedó probado que se evidenció la falta cuando el accionante fue reemplazado por otra persona cuando se encontraba disfrutando de sus vacaciones,** con relación al punto de existir algún tipo de vulneración del debido proceso en el trámite de la terminación del contrato de trabajo del accionante y concretamente relativo a la citación a la diligencia de descargos, debemos decir que nada de ello fue planteado en la demanda no existen hechos que hayan referido algunas situaciones u omisiones en tal sentido y por ende el despacho no puede en este momento entrar a resolver sobre ese punto ni siquiera so pretexto de entrar a decidir de manera ultra y extra petita, y ello como lo refirió el apoderado la encartada vendría es a vulnerar el debido proceso del extremo accionado quien justamente por no haberse narrado hechos en tal sentido y no ver en ese orden tenidos en cuenta como objeto del debate probatorio, tampoco se defendió o presentó argumentos respecto de esta circunstancia. Por todo lo anteriormente expuesto y sin más consideraciones el despacho

absolverá a la encartada de esa pretensión del reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa.

*Ahora en lo que tiene que ver con el que podamos entender como fuero de paternidad el despacho lo analizará pero únicamente a la luz de una eventual indemnización por despido como correspondiente a 60 días de labores como ya lo hemos mencionado ampliamente desde la primera audiencia en la demanda en el escrito de subsanación el apoderado del accionante desistió expresamente de la pretensión inicial de reintegro y ello se debió a que el despacho señaló en el auto admisorio que resultaba excluyente con la indemnización por despido sin justa causa sin que la parte actora decidiera entonces plantear alguna como principal y otra como subsidiaria, sin perjuicio de lo expuesto, tenemos que mencionar que efectivamente el artículo 239 prohíbe el despido de una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa en el numeral tercero establece esa indemnización por despido sin autorización de la autoridad competente equivalente a 60 días de salario sin perjuicio de las demás indemnizaciones o prestaciones y en él en el artículo 240 encontramos esa obligación de solicitar la autorización del inspector del trabajo del alcalde municipal donde no exista este funcionario para poder despedir a una trabajadora del anterior período de embarazo o los 3 meses posteriores al parto y esa norma es la que da lugar al fuero de paternidad en virtud de la decisión de **la Corte Constitucional del 18/01/2017 que es la sentencia C-005 años nuestro ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva y en la que se estableció que la norma es condicionalmente exigible** en el entendido que la prohibición de despido y la exigencia para llevarlo a cabo se extienden al trabajador o trabajadora que tenga la condición de cónyuge compañero o compañera permanente o pareja de la mujer en periodo de embarazo o lactancia que sea beneficiario de aquel o de aquella. **En este sentido es clara la extensión de ese fuero de maternidad a la pareja de la mujer en periodo de gestación o incluso en periodo de lactancia pero no podemos entender como aparentemente lo hace el apoderado del extremo accionante que la protección o más bien que la consolidación de ese fuero se otorgue de la misma forma ya que de acuerdo con esas mismos apartes mencionados de la sentencia de la Corte Constitucional, no basta solamente con acreditar el hecho del nacimiento de un hijo, incluso para el caso de la trabajadora en estado de gestación y según la última posición de la misma corporación también es necesario el conocimiento del empleador de esa circunstancia aquí pues está probado efectivamente que la empresa conoció del nacimiento de la hija del accionante eso no está en discusión **De hecho está probado y se aceptó que el periodo de vacaciones del señor Baquero Moreno se extendió justamente para que disfrutara esa licencia de paternidad derivada del nacimiento de su hija, pero adicionalmente y como lo puso presente el apoderado de la encartada, también debía demostrarse que en este caso la madre lactante es decir la madre de la hija del accionante era beneficiaria del trabajador en el plan de salud y que efectivamente se daba esa condición entre ellos de compañeros permanentes y esa circunstancia no encuentra el despacho que efectivamente haya sido puesta en conocimiento del empleador para que él pudiera entender que efectivamente el señor Baquero Moreno*****

gozaba de una estabilidad laboral reforzada y que por ende la misma había sido vulnerada máxime cuando también ya quedó establecido que la decisión de la terminación obedeció fue a una justa causa debidamente probada y que se advirtió justamente en razón a un reemplazo para cubrir esa ausencia del accionante que se encontraba en un periodo de vacaciones y también en el disfrute de la licencia de paternidad. Por un lado tenemos aportado al expediente a folios 43 y 44 en el archivo de PDF folio 56 y 57 una declaración extra juicio vertida por el accionante y la señora Esther Julia cometa Perdomo el 01/07/2016 anterior la terminación del contrato de trabajo el contrato terminó el 23/12/2016 en la que refirieron que desde enero de ese mismo año y de manera permanente interrumpida convivían en unión libre que compartían el mismo techo, lecho y mesa y que estaban esperando a un hijo ya que la declarante la señora Cometa Perdomo se encontraba en el cuarto mes de gestación, además de señalar allí que ella tenía otro hijo de nombre de Jerónimo Medina Cometa. sin embargo no tenemos como lo acabo de mencionar una constancia o prueba que esa declaración haya sido puesta en conocimiento de la empresa demandada o que ella supiera entonces que desde el año 2016 el accionante tenía una compañera permanente. Además en esa certificación tampoco se dice nada de alguna dependencia económica de la compañera o de que fuera afiliada como beneficiaria del actor en el sistema de Seguridad Social en salud a Folio 44 el expediente 58 del archivo de PDF obra una certificación laboral en la que se indica que la señora Cometa Perdomo prestó servicios al empleador laboratorios S.A.S hasta el 30/04/2016 pero nuevamente no hay constancia que acredite que esa circunstancia de haber cesado el vínculo laboral de la compañera del actor en el mes de abril del año 2016 haya sido puesta en conocimiento del Banco demandado. A folio 56 del expediente 70 el archivo de PDF tenemos el Registro Civil de nacimiento de la menor Ivana Baquero Cometa lo que se demuestra que es hija tanto del actor como de la señora Esther Julia cometa Perdomo, las documentales obrantes en las carpetas 5 y 6 fueron aportadas el primero y dos de diciembre del año 2020, es decir un día antes y el día de la primera audiencia y en esa oportunidad el despacho dijo de manera clara que no las iba a decretar como prueba decisión que no fue objeto de recurso alguno por el extremo accionante por ende quedó en firme y en ese orden es claro que tales documentales no pueden ser valoradas para efectos de tomar algún tipo de determinación, a más de ello y aun solamente en gracia de discusión si entramos a valorar esas certificaciones tenemos que fueron expedidas los días 07/10/2019 y 01/12/2020 son unas certificaciones de la eps a la cual se encontraba afiliado el demandante y su compañera permanente pero como ya lo acabo de mencionar aún en gracia de discusión resulta que esos documentos son posteriores en varios años a la data de terminación del contrato de trabajo y no se tiene noticia reiteró entonces de que el trabajador haya puesto en conocimiento de la empresa esa circunstancia de tener a su compañera como beneficiaria en el sistema de Seguridad Social para que esta reiteró tuviera en cuenta alguna eventual estabilidad laboral reforzada del señor Vaquero Moreno por el contrario las pruebas que obran en autos y que aportó la encartada corresponden por ejemplo primero a un formato de registros personales y laborales de Folio 157

en el archivo de PDF están a Folio 187 y en el cual vemos que el demandante registro pues sus datos personales, la experiencia laboral y para casos de accidente refirió como acudiente a la señora Rosa María Moreno quien en el formulario de solicitud ingreso de Folio 158 del plenario 188 del archivo de PDF aparece referida con el parentesco de madre y es la persona que figura como beneficiaria o asegurada en la póliza de asistencia médica, además de El progenitor del actor el señor Jorge Enrique Baquero es decir que para ese momento nada se informó respecto de la existencia de algún tipo de compañera permanente lo mismo sucede con el documento de Folio 159 del expediente o 189 en el archivo de PDF que es la designación beneficiarios pólizas donde únicamente se refiere a la señora Rosa María Moreno como madre del accionante en el Folio 160 del expediente 190 en el archivo de PDF hay un documento que se llama aceptación de términos de la afiliación electrónica del sistema general de Seguridad Social en salud y donde el actor pues no refiere algún tipo de beneficiario hay un formulario a Folio 161, 191 en el archivo de PDF qué es el formulario único de afiliación inscripción régimen contributivo de la EPS Coomeva dónde está el demandante sin referir algún tipo de cónyuge o compañera permanente, ni algún tipo de beneficiario, está el formulario de afiliación y novedades trabajadores de Colsubsidio del 17 de julio del año 2012 donde figura nuevamente el accionante con todos sus datos personales pero sin algún tipo de información respecto de cónyuge o compañera permanente y con ello pues reiteró no existe prueba alguna que demuestre que efectivamente esa circunstancia de haber iniciado una convivencia con una persona y que esa persona era justamente la madre de la hija que tuvo el actor ni mucho menos prueba de que esta persona fuera su beneficiaria tanto económicamente como el sistema de Seguridad Social que son requisitos que justamente impuso la Corte Constitucional cuando declaró la exequibilidad condicionada de esas normas citadas por el despacho. Lo que conlleva entonces que no podamos derivar en favor del señor Baquero Moreno ese fuero de paternidad y en ese orden de ideas tampoco hay lugar acceder a la indemnización equivalente a 60 días de salario por haberse dado la terminación del contrato de trabajo sin permiso del inspector del trabajo....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación así:

“...Su señoría ha establecido los presupuestos para fallar en contra de Jorge Enrique Baquero y como quiera que en las alegaciones finales esta defensa ha establecido de manera vehemente todos los presupuestos que tuvo el Banco para dar por terminado la situación laboral, extraña mucho que la decisión de absolver al Banco de Occidente se haya circunscrito exclusivamente a dar una lectura a los cargos y a los descargos administrativos y sin tener en cuenta reiteró todos los presupuestos que motivaron la misma porque solamente se hace una lectura de unas fallas o una extralimitación. Dice la señora juez que quedó probado y no hay lugar a dudas que Jorge se excedió en sus atribuciones eso es una situación que quedo clara incluso con sólo mirar el pliego en los descargos que fueron allegados por la defensa. Lo que es

objeto de discusión que obviamente no se hace mención **es que solamente se tiene en cuenta esa falta que cometió mi cliente pero** todo queda ratificado exclusivamente en que en mi cliente no dio a conocer la calidad de beneficiaria de su esposa pero desconoce de manera clara que desde el escrito de la demanda eso fue algo que se promovió, la declaración extra juicio que da cuenta de su situación de compañera permanente de Julia Cometa, que data de una fecha anterior a la decisión de dar por terminada la situación laboral con mi cliente. **Ahora bien desconoce que también existe como prueba y es ratificado por su señoría una certificación en donde ella estaba desvinculada laboralmente y hace lectura de eso en este fallo hace lectura de la certificación laboral pero hoy aquí pues ya no estaba laboralmente vinculada y que obviamente dependía de su compañero permanente** como da cuenta precisamente las certificaciones que fueron allegadas entonces llama considerablemente la atención inclusive se ha dicho ya hasta la saciedad que el conocimiento de la situación de beneficiaria de mi cliente, pese a que no se reconoció esa prueba en su momento tampoco se le corrió el traslado a esta defensa para interponer el recurso, pero si bien y como dice la misma jueza en gracia y discusión y así las resultas hubieran sido de las mismas de las que hoy propongo recurso de apelación.

Entonces en ese orden de ideas se le está poniendo una carga de probar a mi cliente una situación que no tiene por qué probar, se ha establecido que su esposa era dependiente económica de él, que era su compañera permanente. Ahora bien, como yo lo dije en los alegatos de conclusión y yo fui absolutamente claro en esa parte como una situación administrativa laboral, una situación de administración de recursos humanos a una persona que se le reconoce la licencia de paternidad siendo a la luz de la ley que tenga la calidad beneficiará, cómo pueden decir que no tenía esa calidad. Ahora también me llama la atención que la señora juez no reconozca como prueba la certificación de Coomeva porque era de fecha de 1 de diciembre del 2020 pero además porque en su momento no fue tomada en cuenta pero hoy si bien no es tomada en cuenta afirma que esta certificación data del 01/12/2020 cuando no da lectura; adicionalmente que dentro de esa certificación no daba cuenta solamente una situación del primero de diciembre si no sé circunscribía a una situación anterior, entonces pues me permito decir que esa certificación que no fue tomada en cuenta pero que la señora juez si tiene en cuenta para definir la fecha porque era el primero de diciembre, lo que decía era que desde el 2016 hasta 30/09/2019 actualmente en el régimen contributivo en calidad de beneficiario cónyuge compañero la señora Esther Julia dependía de mi cliente, eso si no lo dice, pero si establece y trayendo a colación un documento que siempre me ha llamado la atención que aparecía como beneficiaria la madre de Jorge Enrique Baquero con una certificación del 7 de abril del 2016 cuando él hasta ahora estaba iniciando la situación laboral, entonces es poco importante una certificación actual del primero de diciembre porque se trata de mi defendido pero si se tiene en cuenta una certificación poco actualizada que trae la parte demandada entonces en ese orden de ideas su señoría yo sigo insistiendo no estoy de acuerdo con esta decisión porque existe prueba de la convivencia de mi cliente, existe prueba de que era beneficiaria del sistema de seguridad de salud existe prueba que dependía puntualmente de mi cliente y en ese

orden de ideas yo apeló la decisión que se ha adoptado en este momento porque carece para mí con todo el respeto de un análisis a la luz de la Constitución, se le está imponiendo a mi cliente una carga probatoria que quien está en mejor posición de probarlo es la parte demandada porque ellos son los que tienen la base de datos y resulta muy fácil acreditar todo lo contrario a través de documentales cuando mi cliente ni siquiera desde el momento que salió pueda acreditar pero a través de las certificaciones de las cuales si tiene conocimiento esas sí las ha podido acreditar y están acreditadas dentro del proceso. Entonces para mí resulta que no está ajustada la decisión y que se debe revisar de una manera más detalla todo lo relacionado con la extensión de autorización del inspector de trabajo del fuero de paternidad y que se tenga en consideración que el conocimiento de la calidad de beneficiaria si bien se debía demostrar por parte de esta defensa fue demostrada pero no fue tomada en cuenta, eso es una situación que resulta probada reiteró eso está probado y cuando yo alegué de conclusión hice mención a la normatividad que establece para reconocer la licencia de paternidad y es un hecho que es coetáneo a esta situación, es un hecho que es totalmente relevante...”

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en su punto específico esto es básicamente la insistencia en una presunta estabilidad laboral reforzada, de la cual gozaba el actor al momento del despido; lo que imponía según el recurrente la obligación de pedir autorización al inspector de trabajo para dar por terminado el contrato.

Bien, la primera y necesaria aclaración, que debe hacer la Sala, es que el recurrente no discute que el contrato de trabajo terminó con justa causa, plenamente probada por el empleador; incluso es el recurrente quien de manera expresa, desde el juicio y con pruebas que el mismo allegará, afirma que quedó establecido que el demandante, incurrió en extralimitación de sus funciones, al aprobar créditos sin observar las pautas que para ello daba el banco; a una persona natural, que era socio de una jurídica y que como tal avalaba y contaba con otros créditos; así como autorizó sobregiros, sin observar esas directrices que conocía en el desempeño de su labor.

En este momento conviene advertir, que se equivoca el recurrente cuando afirma que la Juez solo analizó la diligencia de descargos, la cual dicho sea de paso habría sido suficiente, pues allí el demandante confiesa la falta; toda vez que de manera juiciosa y acertada, la Juez de primera instancia

se refirió a todas las pruebas, entre ellas las declaraciones de testigos, incluso destacando que uno de ellos, fue solicitado por las dos partes, demandante y demandada, siendo esta testigo coherente y precisa al afirmar que el actor incumplió las normas e incurrió en la falta que la demandada invocó para dar por terminado el contrato. Todo esto, itera la Sala a título de aclaración toda vez que el recurrente no reprocha la existencia de la justa causa, centrado su inconformidad en la existencia de estabilidad laboral reforzada que considera acreditada; tema que se estudia entonces, a continuación.

En primer lugar, vale decir que, en un proceso laboral, como en todo proceso, existen normas de obligatorio cumplimiento en cuanto a requisitos de demanda, contestación y momentos procesales, para aportar pruebas, interponer recursos, etc que garantizan que el juicio se trabe en debida forma y así se adelante; de no existir y de no imponerse su cumplimiento reinaría el caos procesal y se afectaría la administración de justicia.

De manera que no es posible, como pretendió y aún pretende la parte actora, que un día antes de la audiencia de juzgamiento y el mismo día de la diligencia, allegue pruebas para que sean tenidas en cuenta, pues eso a simple vista, según lo dicho se opone a lo establecido en la ley, esto es que el momento para pedir pruebas, es o bien en la demanda, o bien la contestación; las aportadas por fuera de esos instantes no pueden ser tenidas en cuenta a menos que el Juez ejerciendo sus facultades de decretarlas de oficio, lo haga, lo que constituye una facultad se insiste y dependerá del Juez acceder a su incorporación como tal. Todo ello garantiza el debido proceso y la actuación de la Juez de primera instancia, en ese aspecto, estuvo estrictamente apegada a la Ley.

Al respecto, también conviene destacar que el apoderado de la parte actora asistió a la audiencia consagrada en el art 77 del C P del T y de la S S, en la cual, entre otras actuaciones procesales, se decretaron las pruebas, que solicitó en la demanda y claramente se indicó que no se decretarían las allegadas por fuera de este momento procesal, providencia que como señaló la Juez en la sentencia no fue recurrida, sin que exista norma procesal alguna que imponga, lo que el recurrente denomina “correr traslado para el recurso”; se itera, estando en la diligencia debió mostrar su inconformidad y no ahora

en el recurso pretender revivir términos, cuando ya las decisiones se encuentran en firme.

Ahora bien, siendo claro que la decisión de la Juez estuvo sustentada en las pruebas legalmente decretadas, para definir el tema de estabilidad laboral reforzada, estudia la Sala los demás motivos de inconformidad del recurrente. Veamos.

Afirma el recurrente que se le esta imponiendo una carga probatoria al actor que no le corresponde, en lo que nuevamente se equivoca, toda vez que el artículo 167 del C G P, señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, y en ese orden, **era la parte actora quien para tener derecho a la indemnización prevista en el art 239 del CST, debía acreditar el fuero derivado de la norma.**

Como en todo fuero llámese sindical, por salud, o como en este caso por maternidad, la parte que lo reclama debe acreditar que existe la garantía, o bien probando en el primero de los casos, su calidad de directivo sindical, o que existe una perdida de capacidad laboral que no lo deja ejercer sus funciones o se encuentra en debilidad manifiesta o que goza de la protección por maternidad consagrada en el art 239 del C S del T ya mencionado.

En este caso y como concluyó la Juez no fue acreditada la protección; pues no basta como entiende el recurrente que el actor haya tenido una hija, y que sus vacaciones hayan sido suspendidas para gozar de la licencia de paternidad, pues una cosa es que se extienda la licencia y otra diferente que se dé, el supuesto de hecho de la norma esto es que **el despido se efectúe por motivo del embarazo, eso es lo que prohíbe la norma, se itera el despido por motivo de embarazo sin autorización del inspector de trabajo.**

En ese orden, es claro que la licencia de paternidad surge por el nacimiento del hijo, pero la estabilidad laboral reforzada se da por otras circunstancias que deben ser plenamente demostradas, quizás la más importante que la motivación del despido haya sido el embarazo o lactancia.

Desde luego para el caso de la pareja de mujer embarazada o lactante, no solo se debe acreditar lo antes dicho, sino que además debe probar por quien debe hacerlo, como ya se dijo el actor, otras condiciones, todas ellas de manera clara establecidas en la Sentencia C 005 de 2017, en la que la Corte Constitucional declaro exequible de forma condicionada el art 239 del C S T, y el numeral 1 del artículo 240. Dijo la Corte expresamente:

(...)

En ese orden de ideas, la extensión de la protección de la estabilidad laboral reforzada al cónyuge, compañero permanente o a la pareja trabajadora de la mujer embarazada o lactante, carente de vínculo laboral, y que dependa económica y asistencialmente de su pareja, contribuye a neutralizar la discriminación a la que, de hecho, se ha visto enfrentada la mujer en el campo laboral, al circunscribir la protección en virtud de la maternidad y lactancia única y exclusivamente a ella. El fortalecimiento del principio de corresponsabilidad de los miembros de la pareja frente a las obligaciones familiares, mediante la extensión de la protección aquí prevista, desfocaliza de la mujer, como única destinataria del fuero de maternidad y de lactancia, las prevenciones a la hora de contratar o vincular laboralmente a un empleado(a).

Los requisitos en consecuencia son: i) tener la calidad de cónyuge, compañero permanente, o pareja de la mujer embarazada o lactante ii) que la mujer embarazada o lactante carezca de vínculo laboral, iii) que la mujer embarazada o lactante dependa económica y asistencialmente de su pareja.

Para acreditar la calidad de compañero, la parte actora presentó una declaración extrajuicio, ante la notaría 20 de Bogotá en la que junto a la señora Esther Julia Cometa Perdomo, declararon convivían en unión libre desde enero de 2016 y que en ese momento esperaban un hijo. Esta declaración fue hecha el 1 de julio de 2016 y en ella además se indica que es para presentarla a la entidad que corresponda y para los fines legales pertinentes.

No obstante, y como señaló la Juez no hay una prueba que una de las destinatarias de la declaración haya sido la entidad demandada, como para

inferir que, al momento de la terminación del contrato, el Banco sabía que el actor era el compañero permanente de la señora Cometa Perdomo.

Ahora, para acreditar que la señora Cometa Perdomo carecía de vínculo laboral se aportó una certificación en donde se indica prestó servicios al empleador laboratorios S.A.S hasta el 30/04/2016, lo cual no implica per se que a la fecha del despido del actor no tuviera otra vinculación, pero además ni una sola prueba hay tampoco de la comunicación del cumplimiento de este requisito al empleador del acá demandante.

En cuanto al cumplimiento del tercer requisito, esto es la dependencia económica y asistencial de la señora Cometa Perdomo del acá demandante; este no se puede inferir de la declaración extrajuicio, allí solo se dijo que convivían desde enero de 2016 y esperaban un hijo, ni fue practicada prueba alguna que así lo demostrara; ni menos aún puede la demandada como pretende el recurrente probarlo.

Finalmente, y como señaló la Juez ni aún teniendo en cuenta en gracia de discusión la documental aportada por el demandante un día antes de la audiencia y el día de la misma; podría inferirse lo que el demandante da por probado; ello porque la certificación de Coomeva de fecha diciembre 1 de 2020, que según el recurrente la Juez ignoró en su contenido, no lo fue; toda vez que no es cierto que allí se exprese que desde 2016 y hasta el 30/09/2019, la señora Cometa Perdomo, era beneficiaria como cónyuge o compañera del demandante o que dependía de él. Este documento revisado por la Sala se repite en gracia de discusión solo informa que el señor BAQUERO MORENO es afiliado al sistema general de seguridad social en salud, a través de Coomeva EPS SA **“desde 2002-10-01 hasta 2019-09-30 actualmente en el régimen contributivo en calidad de COTIZANTE CABEZA DE FAMILIA y su estado actual es retirado”**

En ninguna parte del texto se menciona a la señora Cometa Perdomo, menos se dice que era su beneficiaria y dada su expedición tampoco era posible que la demandada la conociera el empleador en el momento del despido en 2016.

En cuanto a las otras certificaciones su sola fecha de expedición esto es octubre de 2019, permiten concluir que no fueron puestas en conocimiento del empleador en 2016 al momento del despido y aunque en una de ellas se dice que la Señora Cometa Perdomo esta vinculada desde 2016-09-14 como beneficiaria cónyuge o compañero permanente, ello solo probaría esta dependencia asistencial, que no la económica como indicó la sentencia.

Por lo expuesto, la sentencia de primera instancia será CONFIRMADA ya que llegó a idéntica conclusión, en cuanto a la falta de prueba de estabilidad laboral reforzada que prohibiera el despido del actor sin acudir al inspector de trabajo, despido cuya causa además fue debidamente probada por el empleador como se dijo al comienzo de esta providencia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada.

SEGUNDO: Sin costas en la instancia.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados


MARLENY RUEDA OLARTE

En uso de permiso

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO


LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL**

ORDINARIO No. 32-2019-208-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JAVIER MAURICIO LEIVA CARVAJAL

DEMANDADO: SEYCO LTDA EN REORGANIZACIÓN

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
DRA. MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el día quince (15) de junio de dos mil veintiuno (2021), por medio de la cual se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre el 3 de febrero y el 24 de julio de 2018, se CONDENÓ al pago de prestaciones y vacaciones, aportes y en el numeral quinto a pagar sanción moratoria del art 65, condenando además en costas.

HECHOS

El señor **JAVIER MAURICIO LEIVA CARVAJAL**, a través de apoderado presentó demanda en contra de **SEYCO LTDA** para que mediante un proceso ordinario de primera instancia se declare que ente las partes existió un contrato de trabajo desde el 3 de febrero de 2018 y hasta el 24 de julio de 2018 o como resulte probado. En consecuencia, se le condene al pago de prestaciones, vacaciones, intereses a las cesantías, sanción moratoria, indexación costas y agencias en derecho. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones afirma en síntesis que se vinculó mediante contrato de trabajo por labor u obra determinada desde el 3 de febrero de 2018, que el cargo fue de guarda de seguridad, que el 24 de julio de 2018, finalizó la relación laboral, a instancia de la empresa, que a la fecha de la presentación de la demanda no le han cancelado las prestaciones ni las vacaciones, ni han contestado el derecho de petición que elevó ala demandada solicitando los documentos del contrato.

La demanda fue contestada a través de curador ad litem, quien se opuso a la mayoría de las pretensiones afirmando que no hay claridad sobre las fechas del contrato y por tanto no hay elementos probatorios para acceder a las condenas. En cuanto a los hechos manifestó que no le constaban. Propuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación, pago y todas las demás que aparezcan probadas. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia el Juez 32 laboral del Circuito de Bogotá, profirió la sentencia que se revisa hoy en apelación.

En síntesis afirmó el Juez: *“... Para resolver el presente caso debemos señalar que la parte demandante allegó con su escrito de demanda la comunicación de fecha 24/07/2018 remitida al demandante Javier Mauricio Leiva Carvajal en la cual se da por terminado su contrato de trabajo con justa causa a partir del 24/07/2018, así mismo el día de hoy se allegó a través de correo electrónico copia del contrato de trabajo que existió entre Javier Mauricio y Seyco limitada suscrito el 03/02/2018 contrato por la duración de una obra o labor determinada y en el que se señalaba como salario el mínimo legal vigente más el subsidio de transporte para desempeñar el cargo de guarda de seguridad. De acuerdo con estos documentos el contrato de trabajo obra en el archivo 12 del expediente electrónico y la comunicación mediante la cual se dio por terminado el contrato obra a folios 10 y 11 del*

archivo que obra en expediente electrónico, conforme a estos documentos entonces, **está debidamente acreditado que existe un contrato de trabajo entre Javier Mauricio Leiva Carvajal y Seyco limitada en los extremos que señalaron en el escrito de demanda esto es del 03/02/2018 al 24 de julio de esa misma anualidad.** En lo que respecta al pago de la liquidación final de las prestaciones sociales y vacaciones a Javier Mauricio con ocasión del contrato de trabajo debe señalarse que no obra documental con el que se acredite el pago de la liquidación final y aunado a lo anterior en el archivo 13 del expediente electrónico también allegado el día de hoy a través de correo electrónico la demandada aporta un documento con la graduación y calificación de créditos, con ocasión al proceso de reorganización empresarial en que se encuentra Seyco Limitada. En dicho documento de graduación y calificación de créditos y en el acápite correspondiente a salarios y prestaciones sociales se encuentra incluido Javier Mauricio Leiva Carvajal como una acreencia a su favor en cuantía de \$1.257.000 mil pesos, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo que existió entre el demandante y la demandada se había pactado como salario el mínimo legal mensual vigente más el subsidio de transporte. Efectuados los cálculos correspondientes por el despacho; el concepto de las prestaciones sociales y vacaciones causadas del 03/02/2018 al 24/07/2018 encuentra el despacho que las mismas ascenderían a \$1.028.876 pesos como quiera que no contamos con otros documentos que nos permitan determinar si durante la vigencia de la relación laboral Javier Mauricio percibió pagos por concepto de horas extras o trabajo en dominicales festivos, trabajo suplementario pero atendiendo a la documental allegada por la demandada en la que se le reconoce un crédito a su favor por \$1.257.000 el despacho entonces habrá de condenar a la demandada a pagar la suma que se encuentra reconocida en el proceso de organización empresarial conforme la graduación y calificación de créditos; esto es: **se condenará a la demandada a pagar al demandante la suma de \$ 1.257.000 mil pesos por concepto de cesantías, intereses a la cesantía, primas de servicios y vacaciones, frente a los aportes al sistema de Seguridad Social la demandada igualmente a través del correo electrónico del despacho el día de hoy allegó el certificado de aportes al sistema de Seguridad Social en favor del trabajador Javier Mauricio Leiva Carvajal donde se acredita que se cancelaron los aportes de los meses de febrero y marzo de 2018 encontrándose entonces que se adeudan los aportes de abril a julio de 2018 y por ende se condenara a la demandada a pagar los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones del primero de abril al 24 de julio del 2018** teniendo como salario el equivalente al mínimo legal mensual vigente de la referida anualidad esto es \$ 781.242 pesos. Finalmente frente a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST dicha norma señala que si a la terminación del contrato de trabajo se adeudan salarios y prestaciones sociales se cancelará un día de salario por cada día de retardo en el pago de lo adeudado para efectos de la determinación de la procedencia de esta sanción moratoria, se debe analizar la buena o la mala fe con la que haya actuado el empleador, sobre dicho particular remitiéndonos al interrogatorio de parte rendido el día de hoy por el demandante Javier Mauricio Leiva Carvajal, se observa que durante la vigencia de la relación laboral el empleador ya venía incumpliendo con sus obligaciones entre ellas el pago oportuno de los salarios y el pago de los aportes al sistema de Seguridad Social, incumplimientos frente a los cuales el demandante efectuó reclamaciones a lo cual el señor Prada

*entendiéndose el representante de Seyco Ltda., de aquel entonces le decía que ahora hablamos y también refiriendo el demandante que por teléfono efectuaba el cobro de las acreencias a su favor a lo cual inclusive al final ya le colgaban y que también le manifestaron en su momento que no había plata para pagarle a ningún trabajador. **Por otro lado el representante legal de la demandada el señor Andrés Felipe Prada Bejarano manifestó que no tiene constancia de haberle efectuado pago alguno al demandante más allá del pago que éste manifestó en su interrogatorio de parte y que refería al pago de un salario advirtiéndose que frente a los salarios no hay discusión alguna en este proceso. Aunado a lo anterior el representante legal de la demandada manifestó que desde el mes de marzo de 2019 se encuentran en proceso de reorganización empresarial conforme a la ley 1116 de lo cual efectivamente obra en el proceso el auto mediante el cual la Superintendencia de sociedades admitió a Seyco limitada en el proceso de reorganización empresarial auto que data del 18/03/2019 y que podemos observar a folios 39 hasta el Folio 45 del archivo 01 del expediente electrónico. Aunado a lo anterior el apoderado de la demandada en sus alegaciones manifestó que desde el mes de octubre de 2018 estaban presentando inconvenientes con los pagos, pero a lo cual el despacho advierte que en lo que respecta a Javier Mauricio su contrato de trabajo termina en julio de 2018 es decir con anterioridad que entrarán en cesación de pagos conforme a las alegaciones formuladas lo cierto es que no existe entonces justificación alguna en el proceso que acredite la buena fe del actuar de la demandada en el pago o en el incumplimiento mejor del pago de las prestaciones sociales y vacaciones a que tenían derecho el demandante con ocasión de su contrato de trabajo.***

No obstante conforme el auto de la Superintendencia de sociedades del 18/03/2019 y específicamente el numeral quinto de dicho auto que obra a Folio 42 se tiene que con ocasión del proceso de reorganización el deudor en este caso Seyco Ltda., debía abstenerse de realizar sin autorización de la Superintendencia pagos o arreglos relacionados con sus obligaciones es decir a partir de la entrada de la admisión en el proceso de reorganización la demandada ya no podía efectuar el pago de esta acreencia laboral dado el proceso de organización. De allí que el despacho condenara a la demandada a pagar la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST a partir del 25/07/2018 y hasta el 18/03/2019 que fue admitida la empresa en el proceso de reorganización teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente del año 2018 \$ 781.242 pesos ello equivale a \$26.041 con 40 centavos diarios hasta el 18 marzo del 2019 y han transcurrido 234 días por lo cual se condenarán a Seyco Ltda a pagar por concepto de sanción moratoria a Javier Mauricio Leiva Carvajal la suma de \$ 6.093.687 con 60 centavos. Adicionalmente y conforme se solicitó la indexación de lo adeudado el despacho ordenará que a partir del día siguiente a la admisión en el proceso de reorganización de Seyco Ltda. y hasta el momento en que se cancele lo adeudado por el concepto de prestaciones sociales y vacaciones dicha suma se reconozca debidamente indexada en atención al fenómeno inflacionario de la pérdida del poder adquisitivo de la moneda es decir lo adeudado \$1.257.000 a que es condenada la demandada a pagar al demandante deberá cancelarse indexado el 18/03/2019 hasta el momento indexado a la fecha de su pago definitivo. se condenará en costas a la demandada y a favor del demandante para lo cual se fija como agencias en Derecho Una suma equivalente a un

salario mínimo legal mensual vigente, frente a las excepciones formuladas por la demandada el despacho las declara no probadas.

Inconforme con esta decisión la parte demandada interpone recurso así: “..Se ha sancionado hoy, se ha decidido, imponer una sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST por la suma de \$ 6.093.000 mil pesos y se ha señalado por el despacho de primera instancia que mi representada ha actuado de mala fe, ese básicamente ha sido el argumento central para decidir qué impone la sanción y el actuar de mala fe, lo constituye en que durante la relación laboral se venía incumpliendo con el pago de salarios porque así lo manifestó el demandante en su interrogatorio. No obstante, si se observa honorables magistrados y al momento de presentar la demanda las pretensiones no tienen ninguna relación con los salarios adeudados, simplemente tienen un alcance en las prestaciones sociales es decir el auxilio de cesantías, los intereses sobre las cesantías, la prima de servicio y las vacaciones luego de suyo se sustrae que, al señor demandante, se le venían cancelando de manera oportuna los salarios y prestaciones sociales. Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, ha señalado que para imponer este tipo de sanciones se debe demostrar la mala fe del empleador y se señala que solamente cuando el empleador tiene razones poderosas y jurídicas en este caso para discutir la calidad del contrato por el celebrado puede decirse que existe buena fe de su parte. Aquí no hay discusión honorables magistrados sobre el contrato, sobre los pagos que se realizaron con ocasión de este acto es decir el salario, aquí la discusión se planteó solamente sobre el pago de prestaciones sociales y nótese como en la respuesta dada tanto por el propio demandante como por el apoderado de la empresa Seyco limitada en la reorganización se observa que había una causa poderosísima y jurídica para en este momento no cumplir con las obligaciones y era estar en un proceso de insolvencia económica, **estar en un proceso de cesación de pagos ,que a la postre honorables magistrados se llegó a ser admitida a la sociedad dentro del proceso de reorganización empresarial; entonces estas situaciones poderosísimas entendidas como la falta de capacidad de pago no solamente para el señor Mauricio Leiva Carvajal sino para muchos otros acreedores fue lo que originó el que no se le pudiera pagar de manera oportuna sus prestaciones sociales. Pero nótese la buena fe de mi representada que estas acreencias fueron reconocidas inclusive de manera extraprocesal y mucho antes de que se acudiera a la justicia para dirimir este conflicto, fueron reconocidas en la lista de acreencias presentada a la Superintendencia de sociedades, por esta razón considera de manera respetuosa honorables magistrados que no se debe condenar a mi representada a pagar la sanción moratoria en razón a que la falta de pago fue con ocasión de poderosísimas razones de carácter fáctico y también jurídico. Nótese que estaba la empresa ingresando a un proceso de reorganización empresarial. Ahora bien si los honorables magistrados consideran que se debe imponer esa sanción moratoria de que trata el artículo 65 y que hoy ha tasado el despacho de primera instancia en la suma de \$ 6.093.000 porque considera que el despacho de primera instancia que se condena en la suma en la sanción desde el 25/07/2018 fecha en que se presentó la demanda al 18/03/2019 fecha en que fue admitida la demanda como peticiones principales les solicito muy respetuosamente que se revoque la decisión frente a esa sanción por no existir el dolo, ahora como petición subsidiaria de manera respetuosa. **igualmente les solicitó a los honorables magistrados que si así lo consideran de imponer esta****

sanción esta vaya desde el 25/07/2018 hasta el día 31/08/2018 que es cuando la empresa Seyco limitada en ese entonces representada por el señor José Darío Prada Maldonado en su calidad de representante legal solicitó la admisión de dicha sociedad en el proceso de reorganización, esto honorables magistrados con el fin de que se tase como petición subsidiaria la sanción solamente desde el 25/07/2018 que es la fecha en que se ha presentado la demanda y el 31/08/2018 que es la fecha en que se tiene como presentado el Memorial de solicitud de incorporación de la sociedad Seyco Ltda., en el proceso de reorganización tal y como y como consta en el auto de la Superintendencia de sociedades y no desde la fecha en que se admitió, sino en la fecha en que se inició el trámite.

CONSIDERACIONES

En estricto cumplimiento del art 66 A del C P del T y de la S S, la Sala resolverá el punto específico del recurso que se reduce a cuestionar la condena por sanción moratoria del artículo 65 del C S T.

Lo primero que advierte la Sala es que no se discute la existencia del contrato entre las partes desde 03/02/2018 al 24/07/2018.

Tampoco esta discutido que a la fecha de la sentencia no había prueba del pago de prestaciones y vacaciones del demandante, de ahí que en esa providencia se condenará, al pago de los mismos.

Es claro entonces que a partir de la fecha de terminación del contrato la demandada, estaba obligada a pagar la liquidación de prestaciones sociales al demandante pues así lo consagra la ley.

Ahora, si bien es cierto no se reclamaron salarios, también lo es que está acreditado que la demandada no canceló la liquidación de prestaciones y no demostró que dicha omisión haya estado guiada por la buena fe, toda vez, que a pesar de entrar en reorganización ello sucedió meses después a la terminación del contrato de trabajo del demandante, sin que se haya se itera, demostrado que por lo menos a esa fecha su actuación estuviese guiada por buena fe.

No sobra agregar y ha sido definido así de tiempo atrás por la jurisprudencia, que las situaciones de quiebra o iliquidez, no destruyen *per se*

la conclusión relativa a la procedencia del pago de la indemnización que el artículo 65 del C.S.T le impone al empleador moroso de salarios y/o prestaciones sociales, pues ello no es prueba tampoco de fuerza mayor o hechos irresistibles no previsibles de otra manera.

De vieja data la Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido en torno a la temática planteada:

“La iliquidez o crisis económica de la empresa no excluye en principio la indemnización moratoria. En efecto, No encuadra dentro del concepto esbozado de la buena fe porque no se trata de que el empleador estime que no debe los derechos que le son reclamados sino que alega no poder pagarlos por razones económicas; y es que por supuesto, la quiebra del empresario en modo alguno afecta la existencia de los derechos laborales de los trabajadores, pues éstos no asumen los riesgos o pérdidas del patrono conforme lo declara el artículo 28 del Código Sustantivo de Trabajo, fuera de que como lo señala el artículo 157 ibídem, subrogado por el artículo 36 de la Ley 50 de 1990, los créditos causados y exigibles de los operarios, por conceptos de salarios, prestaciones e indemnizaciones, son de primera clase y tienen privilegio excluyente sobre todos los demás.

De otra parte, si bien no se descarta que la insolvencia en un momento dado pueda obedecer a caso fortuito o de fuerza mayor, circunstancia que en cada caso deberá demostrarse considerando las exigencias propias de la prueba de una situación excepcional, ella por sí misma debe descartarse como motivo eximente por fuerza mayor o caso fortuito, pues el fracaso es un riesgo propio y por ende previsible de la actividad productiva, máxime si se considera que frecuentemente acontece por comportamientos inadecuados, imprudentes, negligentes e incluso dolosos de los propietarios de las unidades de explotación respecto de quienes en todo caso debe presumirse que cuentan con los medios previsión o de remedio de la crisis. Y no debe olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones, entre las cuales ocupan un lugar primordial las relativas al reconocimiento de los derechos mínimos a los empleados subordinados que le proporcionan la fuerza labor” (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Primera , Sent. Sep. 18/95. Rad. 7393.)

Por manera que, conforme a lo dicho por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no hay razón, es más, ni siquiera ello se expuso de manera suficiente, para haber mantenido la actitud omisiva en el pago de las obligaciones laborales a la terminación del contrato de trabajo y ese argumento no puede ser de recibo y menos aun cuando no demostró la empresa, que hubiese hecho acuerdos o gestiones necesarias para el pago,

ni a la finalización del contrato, ni cuando se admitió el proceso de reorganización.

Ahora, aunque la demandada incluyó al actor en una graduación de créditos y argumentó que, desde octubre de 2018, tenía dificultades, es claro que el contrato del actor terminó meses antes a esa fecha, sin que bastara tal inclusión para su exoneración de la sanción moratoria.

Y es que el proceso de reestructuración y/o reorganización per se no elimina la sanción moratoria y menos en casos como este en que el contrato termina antes, incluso se itera, de las dificultades que argumenta la empresa tuvo, sin que ninguna razón fuese presentada con la fuerza necesaria, para exonerarlo de la sanción.

Es claro que el comportamiento del empleador antes, del proceso de reorganización no tiene justificación alguna, nada hizo la demandada para hacer los pagos, ni demostró tampoco que tal omisión estuviese guiada por buena fe, tal y como concluyó en forma acertada el Juez de primera instancia.

Ahora bien, también como señaló el Juez, la mora no puede extenderse, **más allá de la admisión de la reorganización**, esto es hasta el 18 de marzo de 2019 y no como pretende el recurrente de forma subsidiaria desde que se solicitó la reorganización, por razones que, desde luego, se desprenden de este tipo de proceso, el que solo se inicia con el auto de admisión de la Superintendencia, en el que esta entidad valora si hay lugar a aceptar o no la solicitud.

De igual manera la sanción moratoria inicia desde la terminación del contrato, pues de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 del C S T, es en esa fecha que surge la obligación para el empleador en cuanto a cancelación de liquidación por terminación del contrato en este caso reclamada.

En consecuencia, ningún error cometió el A Quo cuando condenó a la indemnización moratoria, hasta que se dio inicio a la reorganización y en tal sentido la sentencia será confirmada en su totalidad.

Sin costas en la instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre dela República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

Las Partes serán notificadas por **EDICTO**, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los Magistrados



MARLENY RUEDA OLARTE

En uso de permiso

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30 2019 279 01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: FÉLIX RICARDO COSSIO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Doctor Winderson José Moncada, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderado de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los Diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer de los recursos de apelación interpuestos por Porvenir S.A. y Old Mutual, revisa la Corporación la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor FÉLIX RICARDO COSSIO, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado de régimen pensional que realizara el 13 de agosto de 2002 a través de Porvenir S.A., por cuanto no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional y en especial frente a su situación concreta; como consecuencia de tal declaración peticiona igualmente se declaren nulas las afiliaciones que realizara a Old Mutual Pensiones y Cesantías el 11 de noviembre de 2008, nuevamente a Porvenir S.A. el 17 de febrero de 2010 por iguales razones y se le ordene a Colpensiones tenerlo como afiliado al RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que estuvo vinculado al RPM por más de 20 años entre 1982 al 30 de septiembre de 2002, que Porvenir le realizó una proyección pensional en el año 2001 que reveló que a los 62 años de edad su mesada pensional sería de \$3.202.387, mientras que en el RPM le indicó que su mesada a la misma edad sería de \$2.317.541 y por dicha razón se trasladó a Porvenir el 13 de agosto de 2002, formulario de afiliación que presenta inconsistencia en cuanto se consignó que provenía afiliado del ISS y no de Caprecom, que el asesor comercial de la AFP en mención no le brindó información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, no se realizó un estudio de su situación pensional y se le había generado una falsa expectativa.

Señala que los asesores de Porvenir S.A., le prometieron condiciones y beneficios muy superiores a los del RPM, que se trasladó a Old Mutual Pensiones y Cesantías el 11 de noviembre de 2008 y cumplió 62 años en el año 2017, afirma que Porvenir S.A., para el año 2018 le realizó simulación pensional en la modalidad de retiro programado indicando que su pensión ascendería a \$2.862.500 y de \$2.799.00 en caso de que dejara de cotizar, que de haber permanecido en el RPM la mesada pensional calculada conforme los preceptos de la Ley 797 de 2003, sería de \$6.565.127, diferencias en ambos regímenes que

evidencian que esta última suma es ostensiblemente superior a la mesada pensional que le correspondería en el RAIS.

Indica por último que ha cotizado 1478 semanas al 2018 y elevó reclamación administrativa ante Colpensiones peticionando la nulidad de los traslados realizados al RAIS, la que fue respondida de manera negativa. (fl. 41 a 43)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en numerales 7 y 9, y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPM, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos y ausencia de vicios del consentimiento. (fl. 63)

Por su parte, COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 7 a 9 y 11 a 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de condena en costas en entidades del orden público y buena fe. (fl. 90)

PORVENIR S.A., también se puso a las pretensiones invocadas, manifestó no constarle los hechos No. 1, 7, 9, 16 y 17 y negó los demás; propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación. (fl. 125)

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió declarar nulo e ineficaz el traslado efectuado por el demandante proveniente de Cajanal a Porvenir S.A., el 13 de agosto de 2002, declarándolo válidamente vinculado al RPM administrado por Colpensiones y condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todo los

valores depositados en la CAI de actor junto con rendimientos y descuentos efectuados por concepto de gastos de administración durante todo el tiempo que el señor Félix permaneció afiliado a dicho fondo, en igual forma impuso condena a Old Mutual Pensiones y Cesantías y ordenó a Colpensiones a que una vez ingresaran los valores objeto de traslado al régimen que administra, actualizara la historia laboral del demandante, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a Porvenir y Old Mutual S.A.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme las pruebas allegadas al plenario, se determinaba la densidad de semanas que había cotizado el actor a Caprecom, su traslado a Porvenir S.A., en el año 2002, el posterior que realizara a Old Mutual Pensiones y Cesantías y nuevamente el regreso de este a Porvenir S.A., se habían recaudado interrogatorios de parte de los extremos procesales; y a pesar de que el formulario de afiliación suscrito por este en el 2002, señalara que provenía afiliado del ISS, lo cierto era que había quedado probado que se encontraba afiliado a Caprecom, entidad que fuera liquidada y que conforme a la Ley se encontraba autorizada para el recaudo de aportes pensionales del régimen de prima media, desapareciendo finalmente de la vida jurídica en el año 2015.

Señaló que no se había alegado ser beneficiario del régimen de transición, aunado a ello se demostraba que en efecto el demandante no era beneficiario del mismo por cuanto no alcanzaba los requisitos al efecto a 1 de abril de 1994, previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, encontrándose por ello inmerso en la prohibición de que trataba la Ley 797 de 2003, de retornar al RPM en cualquier tiempo.

Que en cuanto a la figura de la nulidad, esta se encontraba consagrada en el artículo 1740 del Código Civil norma que establecía que todo acto o contrato que adoleciera de alguno de los requisitos para considerarse válido estaba viciado de nulidad la que podía ser absoluta o relativa, que de acuerdo con el material probatorio prueba documental e interrogatorios y declaración de parte se observaba que a la fecha de suscripción de formulario de afiliación por parte del demandante, este tenía capacidad legal, había una causa legal como lo era el traslado de régimen pensional, tenía capacidad legal para ejercer derechos y contraer obligaciones y venía aportando para pensión a Caprecom y no fue

presionado para la firma de dicho formulario; sin embargo la demandada Porvenir, no había logrado demostrar con claridad un aspecto tan importante y determinante como es el tema de la voluntad debidamente informada, la que conforme la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se circunscribe a una debida información completa y comprensible, sobre los efectos, consecuencias, ventajas y desventajas del traslado e régimen; aspecto sobre el cual dicha Corporación había reiterado que en este escenario, lo peticionado se estudiaba bajo la óptica de la ineficacia.

Señaló que cuando no mediaba el suministro de la información al afiliado referente a su traslado, se abría paso la figura de la ineficacia por virtud de la cual, el acto de traslado no producía efectos. Refirió que no obraba prueba del suministro de información al actor en el acto de traslado que tuviera la virtud de ser veraz completa, suficiente sobre las reales implicaciones de su traslado y su situación pensional en uno u otro régimen, siendo esta una obligación del fondo administrador de pensiones que promovió el mismo por tener una posición dominante, tiene la posibilidad de probar dicho suministro y si bien era cierto que cuando se hablaba de que documentaron clara y suficientemente la información no implicaba necesariamente que haya quedado constancia en prueba escrita sino que podía probar por cualquier medio que efectivamente se le dio esa información, no obstante no había ninguna prueba al respecto por lo que era pertinente acceder a las pretensiones de demanda, declarando ineficaz el acto de traslado del actor al RAIS, con el consecuente traslado de aportes a Colpensiones, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, que debían ser trasladados de manera indexada.

Señaló por último que no salía avante la excepción de prescripción por cuanto la acción bajo estudio, tenía relación intrínseca con derechos pensionales que tenían naturaleza de imprescriptibles.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Porvenir S.A.**, señaló que el problema jurídico se centraba en determinar si el traslado del actor era nulo o ineficaz, se debía tener en cuenta que lo que había lugar a determinar era la existencia del error como vicio del consentimiento, y conforme la jurisprudencia al respecto

emanada por la Corte Suprema de Justicia, habían 4 parámetros para analizar a efectos de acceder a dicha ineficacia, como lo eran el deber de información, la suficiencia del formulario de afiliación, la carga de la prueba y analizar si existe un derecho pensional consolidado.

En cuanto a la suficiencia del formulario de afiliación, como cumplimiento del deber de información, el mismo no era un capricho sino que dicha documental se establecía como necesario y elemental como una prueba en el marco de las afiliaciones en los regímenes pensionales, por lo que su estructura justamente como una prueba ad sustancian actus conforme lo previsto en el artículo 256 del CGP por lo que la interpretación que se le diera a este elemento probatorio no está sujeta al arbitrio judicial sino que es un imperativo de ley, debiéndose limitar el juez a dichos límites mientras se encontrara vigente la norma y frente a la obligación de información, es un elemento que ni siquiera debía ser analizado ya que no se desconoció por parte de Porvenir, la que con el transcurrir del tiempo ha ido variando su grado de intensidad, pasando de un deber de información a la asesoría y buen consejo, exigiéndose actualmente una doble asesoría y la misma ha sido desarrollada en línea jurisprudencial, indicando que las AFP debían brindar información acerca de las características, condiciones y acceso a cada uno de los regímenes pensionales que permita conocer la lógica de los mismos, en un lenguaje claro, simple y comprensible y sólo así era posible que el afiliado tomara una decisión válida, frente a lo cual, para el caso del demandante él no era una persona del común ya que manifestó ser un profesional y se ha desempeñado en altos cargos ejecutivos, tenía una especialización en recursos humanos y la información debía ser proporcionada de acuerdo a la formación y condiciones de cada afiliado.

Que si bien el demandante había señalado que en ninguno de sus traslados horizontales se le había dado la información relevante al efecto, y que sólo se había dado cuenta de las implicaciones del mismo para el año 2018, se podía concluir que el engaño a que había aludido obedecía al monto de su mesada pensional y sólo en ello basa el engaño, no bastando con hacer alusiones genéricas respecto a que no se cumplieron las expectativas pensionales, ya que cada uno de los regímenes tenían características diferentes las que podían ser benéficas para unas u otras personas.

Indicó en cuanto el traslado de aportes ordenado que no había lugar a la devolución de gastos de administración por cuanto no estaban contemplados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en cuanto no estaban destinados a financiar la prestación pensional del demandante, por ello mismo, estaban sujetos al término prescriptivo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS y ordenar el mismo, constituía un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, de igual forma la Superintendencia Financiera en concepto de 2020, había señalado que cuando se declaraba la ineficacia o nulidad de la afiliación, sólo procedía retornar los aportes junto con rendimientos y ningún concepto más; como tampoco la devolución de primas de seguro ya que estos dineros fueron girados a la aseguradora para mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza.

Skandia – Old Mutual Pensiones y Cesantías afirmó que de igual manera no se podía disponer el retorno de los gastos de administración ya que conforme el artículo 104 de la Ley 100 de 1993, se autorizaba el descuento de dichos gastos y el haber permanecido el RAIS le permitió al demandante que sus cotizaciones le generaran rendimientos, razón por la cual habría lugar a que no se efectuara traslado de los rendimientos que se generaron a favor del demandante, ya que Skandia hizo una correcta administración de dichos recursos y fueron retornados a Porvenir por virtud del traslado posterior del actor y en cumplimiento de dicha labor de administración fue que se generaron los rendimientos.

Solicitó ser exonerada de la condena en costas, debido a que al momento de la afiliación del demandante con Skandia ya contaba con 53 años de edad, ya no había la posibilidad de que retornara al RPM, sin embargo administró los recursos de sus cotizaciones y en observancia del principio de igualdad, si se había absuelto a Colpensiones de la condena en costas, lo propio debió haber ocurrido con Skandia.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por el señor FÉLIX COSSIO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 13 de agosto de

2002, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fue allegada por esta AFP como se verifica a folio 157 de expediente digital, de igual manera, peticona los mismos efectos en cuanto a las afiliaciones que realizara con Old Mutual Pensiones y la posterior realizada nuevamente a Porvenir S.A., los mismos que no fueron objeto de reparo y quedaron demostrados durante el trámite procesal.

En este orden, si bien se peticona la nulidad de traslado, lo cierto es que se alega tal circunstancia como consecuencia de la falta al deber de información, escenario en el cual, lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia se tiene que la figura de la ineficacia, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; oportunidades en que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no

cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohiar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia y lo reitera la parte demandante en sus alegaciones, que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 2002, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a esta demandada como lo indica en su recurso, basarse en la suscripción del mismo como señal de aceptación de todas las condiciones, documental de la que no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio, máxime cuando se demostró que no se consignaron de manera correcta los datos del señor Félix, ya que igualmente quedó probado que contrario a lo señalado en dicha documental, él no se encontraba afiliado al ISS, sino a Caprecom.

Ahora bien y contrario a lo señalado por esta recurrente, el deber de información se debe suministrar a **todos los afiliados**, con independencia de su profesión u oficio, no siendo dable concluir que por el nivel académico del actor, conociera todas las implicaciones de su traslado de régimen pensional, cuando es deber de la AFP como puerta de entrada al RAIS, darle a conocer tales implicaciones con independencia se itera, de su profesión; deber que no probó haber cumplido en esta oportunidad.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento

Proceso Ordinario Laboral No. 30-2019-279-01 Dte: FÉLIX RICARDO COSSIO Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

De igual forma, contrario a lo señalado por Porvenir en su recurso y por Colpensiones en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera y si bien como lo indica Colpensiones en sus alegaciones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indican las recurrentes Porvenir S.A., y Old Mutual, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, **los que no están sujetos al término prescriptivo**, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de

2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A. en su recurso y alegaciones, no ostenta el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, corporación que como se señaló ha reiterado la procedencia de dicho traslado y si bien Old Mutual indica que efectuó dicho traslado a órdenes de Porvenir S.A., no allegó prueba de tal afirmación, debiendo entonces efectuar el traslado de gastos y comisiones de administración a que fuera condenada.

Ahora bien en cuanto a la condena en costas impuesta a Skandia – Old Mutual se observa que si bien cuando el actor se trasladó a dicha AFP ya se encontraba inmerso en la prohibición de regreso al RPM, lo cierto es que tal cuestión no exoneraba a esta administradora de brindarle la información referente a su traslado atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, deber del que tampoco se allegó prueba por que lo que la condena en costas no debe ser objeto de modificación, máxime cuando ese fondo pensional fue vencido en juicio en los términos del artículo 365 del CGP.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

EN USO DE PERMISO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES HUSSY
MAGISTRADO



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 27-2019-0062-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: JULIO ALBERTO SAENZ BELTRAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. ANDRES ZAHIR CARRILLO TRUJILLO identificado con C.C. 1.082.915.789 y T.P. 267.746 del C.S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 11 de marzo de 2021.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegatos, aspectos que serán tenidos en cuenta para resolver el recurso formulado por la parte actora.

ANTECEDENTES

El señor Julio Beltrán por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad de la afiliación de fecha 1 de agosto de 1999 al régimen de ahorro individual por medio de la AFP Porvenir S.A, por existir engaño; que como consecuencia de lo anterior, se declare válida y vigente la afiliación al régimen de prima media con Colpensiones, y se retornen las cotizaciones; que se ordene a Colpensiones para que acepte al afiliado, y se condene a Porvenir S.A. a trasladar todos los valores que hubiere recibido con ocasión de los aportes realizados por el actor, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses conforme el artículo 1746 del Código Civil y descontar suma alguna por gastos de administración, costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 2 de mayo de 1954; que inició a cotizar ante el Instituto de Seguros Sociales el 22 de agosto de 1991, lo cual perduró hasta septiembre de 1999; que en junio de 1999 estando al servicio de la empresa RGO CONSULTORES le presentaron a Porvenir S.A.



como una buena opción para trasladarse de régimen pensional, bajo las afirmaciones que podía pensionarse a cualquier edad, recibir mayor rentabilidad de sus ahorros, pero que no le brindaron información real y veraz, ilustrada, impacto y alcance del traslado, beneficios que perdería con el traslado; que no le dijeron que debía contar con un capital mínimo suficiente para acceder a la pensión de vejez, aspectos negativos; que de haber sabido la información real no hubiese accedido al traslado de régimen.

Que a solicitud suya con fecha 4 de octubre de 2018 Porvenir S.A. generó información de la historia laboral contentiva del bono pensional, semanas acumuladas y un capital de \$380.684.413; que el 4 de octubre de 2016 el fondo privado realizó una proyección de pensión la cual arrojó que para esa fecha su mesada pensional sería de \$1.589.900, cifra de la que afirma no ser acorde con sus aportes, y que en contraste con la que recibiría en el régimen de prima media con Colpensiones sería de \$4.467.520, sin contar las semanas que en la actualidad sigue cotizando.

Que al ser claro el detrimento patrimonial para el actor, evidencia error en la calidad del objeto conforme el artículo 1511 del Código Civil; que el 11 de octubre de 2018 ante la solicitud de traslado de régimen pensional dirigido ante Colpensiones la misma fue negada, y que igual situación aconteció con Porvenir S.A., el 12 de octubre de 2018; que el actor ha sido constante en realizar aportes con un ingreso base de cotización \$7.317.806, y que fue engañado, y por lo tanto debe accederse a la declaratoria de nulidad deprecada.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 21 y 22, y manifestó no constarle o no aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva; improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); inexistencia de la obligación de afiliación; error de derecho no vicia el consentimiento; buena fe y prescripción.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 15, 18 y 22, y no aceptó los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: prescripción; prescripción de la acción de nulidad; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda formulada por el señor *JULIO ALBERTO SAENZ BELTRAN* y *ABSOLVER* de las mismas a la *ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES* y a la



ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: *DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación afiliación, e improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen formuladas por Colpensiones, y las de cobro de lo con debido por ausencia de causa o inexistencia de la obligación formuladas por la demandada PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: *CONDENAR en costas al demandante en la suma de \$800.000 a favor de cada demandada.*

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar en síntesis que, en el caso del demandante no es aplicable la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral en cuanto al deber de asesoría de las administradoras del régimen de ahorro individual, toda vez que, fue claro el demandante en indicar en el interrogatorio de parte que su traslado a Porvenir S.A. obedeció a la orden de su empleador de trasladarse ante la información que el ISS se iba a acabar, que según su propio dicho la información de los medios de comunicación se limitó a la restructuración de las entidades Estado entre ellas el ISS, que ni siquiera se trataba de una publicidad relacionada con las características del régimen de ahorro individual, además confesó que Porvenir no le ofreció nada relacionado con sus condiciones pensionales.

Que si bien la Corte Suprema se ha referido al deber de asesoría y al deber de buen consejo de las administradoras y el consentimiento informado del afiliado que decide trasladarse entre regimenes pensionales, no se puede generalizar esa línea jurisprudencial para salir del contexto de aquellas



situaciones en que las administradoras a través de sus asesores convencieron a los afiliados al régimen de prima media para obtener su traslado sin brindarles la información necesaria para tomar la trascendental decisión.

No se puede extender la jurisprudencia a los casos en los que no media una asesoría al afiliado, y no porque se haya negado a darla, sino porque el mismo afiliado decidió el traslado sin buscar si quiera la asesoría de la entidad, limitándose a firmar un formulario de afiliación por orden de su empleador sin que mediara participación alguna de la administradora, resultando contradictorio que indique que Porvenir S.A. lo engañó o le ofreció condiciones diferentes a las reales, o que no se le dio la asesoría plena que requería para dar su consentimiento, cuando voluntariamente no la buscó, lo cual llevaría a obligar a las mismas a estar presentes en todos los momentos en que cualquier afiliado decida trasladarse cuando no se ha solicitado por el empleador ni el afiliado, sería como obligarlos a presagiar el momento en que un afiliado se va a trasladar, para hacer presencia con un asesor en cada empresa.

Que con posterioridad a la afiliación la AFP tampoco estaba en la obligación de brindar asesoría al afiliado si el empleado no la solicita, teniendo en cuenta que buscó la asesoría de Porvenir en el año 2018, limitándose con anterioridad a esa fecha a la realización de los aportes, y que por tanto, en este caso, no se invierte la carga de la prueba ante las circunstancias particulares, sino que era obligación del demandante demostrar que su consentimiento estuvo viciado para que pueda declararse la nulidad del traslado como se solicita en la demanda.



Que el demandante gozaba de plena capacidad al momento del traslado al régimen de ahorro individual, ya que, para el 18 de junio de 1999, fecha de la suscripción del formulario de afiliación contaba con 45 años de edad; que dicha afiliación goza de causa y objeto lícitos.

APELACIÓN

PARTE ACTORA

“Interpone recurso de apelación; en síntesis manifestó que el fondo privado demandado no presentó si quiera prueba sumaria de haber documentado de manera clara y suficiente los efectos del cambio de régimen; que en sentencia SL17595 del 2017 la Corte Suprema indicó que en estos proceso se invierte la carga de la prueba, quien esta llamado a probar que se cumplió con el deber de información es el fondo y no el afiliado; que en sentencia 1452 de 2019 se indicó que no puede predicarse una manifestación libre y voluntaria cuando se desconoce incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales ni puede considerarse cumplido tal requisito con una simple expresión genérica; que el decreto 663 de 1993, numeral 1 del artículo 97 la obligación de las entidades de suministra a los usuarios la información necesaria para lograr mayor transparencia en las operaciones que realicen; que desde la creación de las afp estas tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de información suficiente, transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles del mercado aquellas que mejor se ajustara a sus intereses.

Que el deber de información siempre ha estado en cabeza de las AFP, que el simple consentimiento preimpreso en un formato de afiliación no sirve para acreditar la verdadera entrega de información veraz y objetiva, la carga de la prueba está en las AFP y fueron ellos quienes debieron estar al momento de la firma; que en el acervo probatorio, del interrogatorio de parte del demandante el fondo privado no presentó prueba sumaria de haber documentado clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen y que por lo tanto la jurisprudencia en tal sentido debe aplicarse, y declararse la nulidad del traslado, porque no se está diciendo que el actor haya sido presionado por la fuerza, lo que se dice es que la afp faltó al deber de información.

Que el artículo 1604 del CC sobre la responsabilidad civil contractual, y que como el contrato de afiliación es un contrato civil, no se puede obviar la legislación civil; que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que debió emplearla, que en estos casos son las administradoras.

Que al actor no se le explicó el paralelo entre los dos regímenes pensionales, que el monto de su pensión dependía del ahorro versus la vida probable de su cónyuge o de sus hijos o de otros posibles beneficiarios, no se le dijo que se podía devolver al régimen de prima media faltando 10 años para cumplir la edad de pensión, información que le correspondía brindar a la afp; que nunca se buscó al afiliado para brindarle la asesoría. Que por dicha omisión de información se configura una ineficacia la cual no es saneable, que es ineficaz dicho formulario, por la falta de requisitos, y como no se



cumplió con el requisito del deber de información veraz y objetiva, cuya responsabilidad recae sobre el fondo privado, dicho contrato de traslado no nació a la vida jurídica. Por lo anterior, solicita se accede a las pretensiones de la demanda.”

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, procede la Sala al estudio de la nulidad o ineficacia del traslado deprecada por la parte actora, en los términos del recurso interpuesto.

Se tiene que lo pretendido por el señor Julio Alberto Saenz, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante el Fondo de Pensiones Porvenir S.A., el día 18 de junio de 1999 conforme al formulario para tales afectos visible a folio 20 del plenario.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad



objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.

Es así como para estos casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

De conformidad con lo anterior, es claro que aunque obra en el plenario documento suscrito por el demandante en señal de aceptación de la afiliación y de lo allí contenido, el cual tiene valor para acreditar esas estipulaciones, el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba inicialmente a la demandada Porvenir S.A., con recibir la afiliación para ampararse exclusivamente en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación firmado por el señor



Sáenz Beltrán como señal de aceptación de todas las condiciones, cuando en realidad, el formulario no contiene mayores datos relevantes de su situación pensional.

Ahora, y en gracia de discusión, conforme las reglas jurisprudenciales que ha desarrollado la Sala de Casación Laboral en torno a casos como el que ocupa la atención de esta Sala del Tribunal, se equivoca la juez de instancia al referir que era al afiliado a quien le correspondía buscar la asesoría y que por tanto, también le conllevaba la carga de la prueba para demostrar que el fondo demandado no le brindó la información en las condiciones requeridas.

Además, no resulta acertado por el a quo considerar que, por el hecho que el demandante haya expresado en el interrogatorio de parte que el traslado se debió a la orden de su empleador en su momento, la línea jurisprudencial al respecto deba inaplicarse, lo cual conllevaría a imponer cargas injustas al trabajador quien representa la parte débil de la relación de trabajo, quien además de tener que cumplir con las exigencias de su empleador, según la tesis de la juez, también tendría que asumir los efectos de la falta de información veraz, completa y oportuna sobre el traslado de régimen pensional.

Por otro lado, lo cierto es que, en aras de resolver el problema jurídico, nótese que el demandante al absolver el interrogatorio en momento alguno señaló haber recibido la información o asesoría por parte de Porvenir S.A., y contrario a lo considerado por el a quo, si era obligación, incluso posterior a traslado, que una vez el fondo conoció de la solicitud de afiliación, ilustrara



suficientemente al trabajador sobre las implicaciones de su decisión, situación que no se logra acreditar en el proceso.

Y es que, el demandante consintió el traslado de régimen no precisamente porque conocía las características de uno otro régimen, sino como quedo acreditado, por una exigencia de su empleador, circunstancias diferentes, ajenas y extrañas al cumplimiento en el deber de información y asesoría que le asiste a las administradoras del Sistema General de Pensiones.

Es por ello que **NO** coincide la Sala con lo decidido por el Juez de primera instancia, pues era deber de la Administradora de Pensiones demostrar durante el trámite procesal que le manifestó a este las desventajas como consecuencia de su traslado al régimen de ahorro individual; lo que lleva a concluir que no le fue brindada de manera completa toda la información a este respecto, además, en contraste con el recurso de apelación, del que se considera le asiste razón al apelante, mal podría partirse de supuestos y apreciaciones sin fundamento para concluir, que por el hecho que al interior del interrogatorio de parte el promotor manifestó que decidió trasladarse por orden de su empleador, automáticamente conocía en detalle las implicaciones de su decisión, pues ello no es así, y lo que se infiere con claridad es que al demandante no le fue garantizado el deber de información conforme lo establecen las normas al respecto, y menos con la reglas jurisprudenciales sobre el particular.

Llama la atención que en momento alguno el demandante haya mencionado que tenía conocimientos o aspectos generales del Sistema de Pensiones que cualquier trabajador afiliado o cotizante activo deba saber, como por ejemplo que la cotización o aporte mensual en el régimen de prima media equivale a



las semanas comúnmente conocidas, para que de esta manera se contribuya en la construcción de su derecho pensional, el promotor no aceptó que lo conoció ampliamente, de manera clara, oportuna, veraz y completa las ventajas y desventajas de uno y otro régimen pensional independientemente de lo advertido por la juez, al concluir que resultaba suficiente para despachar desfavorablemente las pretensiones de la demanda solo porque trabajador y empleador fueron quienes buscaron al fondo de pensiones y no al contrario.

De todas maneras, en el proceso no existe prueba que la demandada Porvenir S.A. haya documentado la información brindada al actor, ya que a pesar de lo que pudo haber manifestado éste en el interrogatorio, aquella tenía la obligación de cumplir con la acreditación del ejercicio de su deber de información, que en gracia de discusión, lo manifestado por el actor no resulta suficiente para no invertir la carga de la prueba a favor del actor, es decir, no basta para que la demandada no haya cumplido con su obligación probatoria.

Además, en primera instancia debió valorarse el acervo probatorio en conjunto, puesto de lo manifestado únicamente por el demandante, no por esa sola circunstancia deba inferirse que, éste conocía de las implicaciones del discutido traslado de régimen, puesto que, de admitirse tal posibilidad, el criterio para definir si hay lugar o no al traslado de régimen, en casos que se alegue su ineficacia, simplemente bastaría revisar si quien buscó a quien para promover el traslado de régimen pensional lo cual resulta desajustado y contraviene la línea jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.



Continuando con el discurso argumentativo, el deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.



**Proceso Ordinario Laboral 27 – 2019 – 0062 – 01 DTE: JULIO ALBERTO SAENZ BELTRAN
DDO: COLPENSIONES Y OTROS**

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Por todo lo anterior, se impone **REVOCAR** la decisión proferida por la Juez de conocimiento, para en su lugar, declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** al RAIS que efectuara el demandante a través de formulario de afiliación suscrito ante Porvenir S.A., el día 18 de junio de 1999, ordenando a la AFP a la cual se encuentra válidamente afiliado el actor en la actualidad, esto es, Porvenir S.A., efectuar el traslado de los aportes recaudados como consecuencia de tal afiliación, junto con sus rendimientos y gastos de administración a órdenes de la demandada COLPENSIONES, ya que así lo ha sido dispuesto por la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).



Finalmente se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, por lo que, con la presente decisión, se recoge cualquier otra en contrario.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que el demandante el señor JULIO ALBERTO SAENZ BELTRAN identificado con C.C. 13.920.381 efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el 18 de junio de 1999 a la AFP PORVENIR S.A, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A, a trasladar a órdenes de COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante JULIO ALBERTO SAENZ BELTRAN identificado con C.C. 13.920.381 con motivo de la afiliación al régimen de



ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del señor JULIO ALBERTO SAENZ BELTRAN identificado con C.C. 13.920.381 al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

(AUSENTE CON PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - R'. The signature is stylized and somewhat abstract, with a large loop at the end.
LORENZO TORRES RUSSEY
Magistrado



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 22-2018-0628-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ANTONIO MENA CARRILLO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES; AFP PORVENIR S.A Y AFP
PROTECCIÓN S.A.

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ identificado con C.C. 1.018.463.893 y T.P. 302.039 del C.S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de marzo de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos.

ANTECEDENTES

El señor Luis Antonio Mena Carrillo por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada en virtud de la afiliación a la AFP Protección S.A; como consecuencia de lo anterior, se ordene el regreso del afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Subsidiariamente solicita se declare la nulidad del traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual en el mes de marzo de 1999 entre la AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., y esta última, a trasladar a Colpensiones las cotizaciones y rendimientos financieros que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, juntos con las costas y agencias en derecho.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 5 de marzo de 1955, por lo que, a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 63 años; que según el reporte de semanas de Porvenir S.A cuenta con 976 semanas de cotización; que inició a cotizar al régimen de prima media desde el año 1988, y que, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 673 semanas de cotización y 39 años de edad; que en el mes de marzo del año 1999 un asesor comercial de la AFP Porvenir S.A., lo persuadió con información errada para que procediera al traslado de régimen pensional; que el asesor le informó que si se trasladaba tendría derecho a un bono pensional que podría utilizar como quisiera, que se pensionaría a cualquier edad, que en caso de fallecer la pensión pasaría a sus herederos; que el infundieron miedo bajo el entendido que el ISS se acabaría y que los aportes realizados a pensión se perderían; que Protección S.A. no realizó en su caso un cálculo pensional; que el asesor sabía que el IBC esta pro encima de los 2 smlmv, y que aun así le indicó que le era más conveniente el régimen de ahorro individual; que el 24 de abril de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen pensional, siendo negada la misma en igual fecha; que solicitó a las AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. información y aclaración sobre el traslado de administradora de fondo de pensiones, pero que éstas, finalmente no brindaron respuestas concretas a las mismas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales



1, 5, 27 y 28, y manifestó no constarles o no aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; y, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 5, 32 y 33, y manifestó no aceptar o no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo; y, enriquecimiento sin causa.

Protección S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 5, 7, 15, 29 y 30, y manifestó no aceptar o no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A.; declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP; buena fe por parte de Protección S.A; inexistencia de perjuicio; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación; inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; y, prescripción.



DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor LUIS ANTONIO MENA CARRILLO identificado con C.C.19.338.073, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 26 de julio de 1999, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliado el señor LUIS ANTONIO MENA CARRILLO, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. y a PORVENIR S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado precedentemente.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a la suma de 1 smlmv a cargo de cada una.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, por parte de Colpensiones CONSÚLTESE a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)



Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en el caso del demandante, este se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 26 de julio de 1999 por medio de Protección S.A. a partir del 1 de septiembre de 1999; que, posteriormente de Protección S.A. se trasladó a Porvenir S.A., fondo al cual se encuentra actualmente afiliado; que conforme lo anterior, la carga de la prueba le asistía a Protección S.A., en el sentido de demostrar el tipo de información brindada en su momento al afiliado al momento del traslado, si la misma fue veraz, además de comprender las consecuencias tanto favorables como desfavorables de su decisión.

Que, teniendo en cuenta la falta de acreditación en la comprobación del suministro de la información en las condiciones exigidas por la jurisprudencia, concluyó que el traslado de régimen del actor se torna nulo e ineficaz; resaltó que Protección S.A. no aportó con los medios probatorios, la hoja de vida de quien brindó la asesoría con el fin que, dentro de la sana crítica se pudiese evaluar, si este funcionario contaba o no con la experticia necesaria para explicar en debida forma las consecuencias del traslado, advirtiendo que lo anterior, no significa una tarifa legal para demostrar si se brindó la debida asesoría, sino que requiere de unas pruebas adicionales al interrogatorio de parte que solicitó la demandada.

Manifestó en cuanto a las consecuencias que implica a Porvenir S.A. el traslado de régimen pensional del demandante, cita sentencias del 8 de septiembre de 2008 de la Sala de Casación Laboral, radicados 31989 pronunciamiento reiterado en posteriores decisiones, para indicar que, las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubiere



recibido por motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, con todos sus frutos e intereses conforme el artículo 1746 del Código Civil con los rendimientos que se hubieren causado.

Respecto a Colpensiones, manifestó que, con la nulidad esta deba obligarse para que reciba los aportes provenientes del fondo privado y reactivar la afiliación del actor al Régimen de Prima Media administrado por esta; que dicha declaratoria trae como consecuencia el regreso automático al Régimen de Prima Media.

Sobre la prescripción manifestó que la solicitud de nulidad o ineficacia al perseguir en esencia un derecho pensional, es imprescriptible, y por lo tanto, someter su reclamación a un periodo determinado afectaría los derechos fundamentales del afiliado, por ello, el derecho a elevar tal solicitud no prescribe.

APELACIÓN

AFP PROTECCIÓN S.A.

“Interpone recurso de apelación frente al numeral 3 de la sentencia, que ordena la devolución de gastos de administración; refirió que el juzgado desconoció que los gastos de administración están contemplados en el art 20 de la Ley 100 de 1993, y ratificados en la Ley 797 de 2003, que los mismos se usaron para el pago de las pólizas de los seguros previsionales de IVM, seguros que deben pagarse en los regímenes, y que por ellos esa AFP no tiene esos recursos; que fueron usados en el pago de las acreencias laborales de los trabajadores que hicieron posible en el tiempo que el demandante estuvo vinculado con Protección sus aportes generaran rendimientos.

Que la jurisprudencia y la doctrina, se tiene que esos gastos proceden por el detrimento patrimonial que puede sufrir la persona, que no es el caso, porque el valor de los aportes en los dos regímenes son iguales, el mismo porcentaje; que en la sentencia se solicita devolver los rendimientos, situación que hace que no se pierda el valor adquisitivo de los aportes y que los mismos se entreguen a una tasa representativa; tercero, estos gastos se generan únicamente en el régimen de ahorro individual, por lo que de recibir Colpensiones esos rendimientos y depositarlos en su cuenta y recibir los



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2018 – 0628 – 01 DTE: LUIS ANTONIO MENA CARRILLO DDO:
COLPENSIONES Y OTRO**

gastos de administración se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, que si bien se incluyen en el fondo común de todas maneras se genera el enriquecimiento sin causa a favor de los que han depositado dineros en el fondo común de Colpensiones, razones por las cuales solicita se absuelva a Colpensiones de la devolución de estos gastos, que fueron pagados a terceros de buena fe, que no hay un detrimento patrimonial del actor y tampoco de sus aportes por lo que no hay razón para devolverlos”.

AFP PORVENIR S.A.

“Interpone recurso de apelación; solicita se absuelva a la entidad y se revoque la sentencia; que no hay razones para declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información cuando a la entidad no le era obligatorio brindar la misma al actor, teniendo en cuenta que la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera tenía como única exigencia establecida, para que se entendiera no solo materializado sino válido el traslado de régimen, que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario conforme las disposiciones que habían; que la entidad cumplió con todas las obligaciones a su cargo, y la permanencia del actor en Porvenir fue una decisión, libre, voluntaria e informada y que se ha ratificado con el tiempo; que tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado se da por vicios del consentimiento, ya que se le brindó la información sobre las implicaciones de la misma, el funcionamiento del régimen y las condiciones pensionales; que en esta caso conforme el art 1752 y s.s. del Código Civil, relativos al saneamiento y al consentimiento, la ratificación tácita o expresa, dado que opera de manera automática teniendo en cuenta que el actor realizó aportes en el rais lo que supone la voluntad de permanencia del actor en este régimen; que la magistrada Ana María Muñoz en sentencia SL 3752 del 2020, para indicar que en este caso el demandante suscribe formularios de afiliación con Protección y Porvenir ratificando su deseo de permanecer en este régimen; que no se puede deducir que se haya faltado al deber de información porque no se soportó en documentos, teniendo en cuenta que para la época de los traslados no se tenía la obligación de soportar la información brindada en documentos y si la daba conforme la ley 100 de 1993 y el decreto 663, que solo hasta el año 2014 mediante la ley 1748 es que surge la obligación de aportar documentos con las asesorías, y por ello no existe un documento distinto al formulario de afiliación que acredite la información que se le suministraba a los usuarios al momento del traslado.

Sobre la devolución de los gastos de administración, ello no es posible porque de acuerdo con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el régimen de prima media se destina un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, gastos que no firman parte de la pensión de vejez, y que por ello están sujetos a la prescripción, que la Superintendencia Financiera mediante concepto emitido el 17 de enero de 2020 que en caso de ineficacia las únicas sumas a retornar serían las cotizaciones y rendimientos; que el literal b del art 113 de la ley 100 de 1993 estipula lo mismo, devolver solo las cotizaciones y sus rendimientos; que llama la atención que el traslado de los mismos configura un enriquecimiento sin causa frente a esta demandada; no existe norma que imponga esta devolución, y finalmente debe declararse los gastos de administración y prima de seguros, cualquier suma diferente al capital de la cuenta



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2018 – 0628 – 01 DTE: LUIS ANTONIO MENA CARRILLO DDO:
COLPENSIONES Y OTRO**

individual del afiliado o los rendimientos financieros por cuanto no pertenecen a los afiliados y no están llamados a financiar la pensión de vejez, por cuanto no puede predicarse su imprescriptibilidad.”

COLPENSIONES

“Interpone recurso de apelación; solicita se revoque la sentencia; que no se encuentra coincidencia en la sentencia ya que no se analizó la función de Colpensiones; que el art 13 de la Ley 100 de 1993 como previsión legal no es un término prescriptivo además que la valoración probatoria que se hizo no se ajusta al precedente jurisprudencial.

Que el término prescriptivo del art 13 de la Ley 100 de 1993, no se comparte que la provisión legal sea tomada como un término prescriptivo, que la norma no se creó para extinguir derechos pensionales, sino para salvaguardar el principio de solidaridad de los regímenes pensionales, ya que el régimen de prima media es un régimen totalmente solidario y el actor no cumplió con ese requisito de solidaridad pues hace mas de 15 años que no cotiza en el régimen de prima media, sus cotizaciones no ayudaron a financiar el derecho pensional de los demás afiliados, y su posterior afiliación al mismo generaría un desfase en el equilibrio económico del sistema público de pensiones, por esa razón no debe ser recibido en el régimen de prima media. Que en este caso el actor desea regresar al régimen de prima media para modificar el valor de su mesada pensional lo cual no puede ser reputado como falta en el deber de la información, ya que la Sala Laboral no consideró el descontento del valor de la mesada pensional como falta de información, en este caso no se cumplieron los preceptos señalados en la jurisprudencia utilizada por el despacho y por otro lado solicita se reconsidere el papel de Colpensiones en estos procesos, ya que más allá de cumplir o no una sentencia favorable al trabajador, se está generando terribles consecuencias en el régimen público de pensiones, lo cual estaría generando la desaparición del régimen pensional, ya que según el criterio de apoderado los jueces, magistrados de Tribunal y Corte no están asumiendo esa responsabilidad que tienen con el Estado y con el régimen público de pensiones al emitir las decisiones sin analizar el papel de Colpensiones en este tipo de procesos, solicita que se analice cual es la consecuencia financiera de las declaratorias de nulidad o ineficacia del traslado respecto de Colpensiones.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados por los apoderados de las entidades demandadas, se tiene que lo pretendido por el señor Luis Antonio Mena, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con la AFP Colmena, hoy Protección S.A., el día 26 de julio de 1999, como se verifica de copia de formulario de



afiliación, visible a folio 223 del plenario, así como respecto del traslado posterior efectuado dentro de dicho régimen a Porvenir S.A.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, y contrario a lo manifestado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A. en el recurso, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.



Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Mena Carrillo, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que tanto Protección S.A., como posteriormente Porvenir S.A., faltaron al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, la línea jurisprudencial a que se alude ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el



ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Protección S.A., probar el suministro de dicha información al demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte del demandante probar vicio del consentimiento alguno como refiere el apelante de Porvenir S.A, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Colmena, hoy Protección S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados



al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, como lo refiere el apoderado de esta última, puesto que, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de



cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Conforme lo anterior, y en cuanto a la inconformidad por parte de Protección S.A. y Porvenir S.A., sobre la orden de retornar las sumas deducidas por gastos de administración, contrario al argumento de cada uno de ellos, esta decisión encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

En este punto, en alcance de los recursos formulados y antes mencionados, entiende la Sala que los mismos, no se argumentan precisamente en contra de la decisión, sino de manera previsional sobre los conceptos que deben ser retornados a Colpensiones, frente a lo cual se recuerda que el a quo ordenó el traslado de los aportes, junto con los rendimientos que se hubieren causado, lo cual se encuentra en consonancia con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, los demás conceptos que solicita deben ser retornados, por un lado, no se soportan los recursos en disposición normativa alguna, y por otro, en caso de existir fundamento legal, lo cierto es que los apelantes no indica la proporción o montos o periodos en los que debe accederse a lo afirmado, pues se hace de manera general.

En cuanto al fenómeno extintivo de la prescripción sobre los mentados gastos de administración, tal como refiere el apoderado judicial de Porvenir en el recurso, debe recordarse que, la reclamación sobre los mismos está ligado de manera accesoria a la solicitud de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, la cual es imprescriptible al existir un nexo de causalidad con el derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social,



aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral expresó en la sentencia CSJ SL1421-2019, lo siguiente:

(...)

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad **con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.***

(...)

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para



el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



(AUSENTE CON PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 22-2018-0615-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: LUIS ALBERTO OLAYA GÓMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES; AFP PROTECCIÓN S.A. Y AFP
PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. NICOLAS RAMIREZ MUÑOZ identificado con C.C. 1.018.463.893 y T.P. 302.039 del C.S. de la J., en calidad de apoderado sustituto de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de noviembre de 2020.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos.

ANTECEDENTES

El señor Luis Alberto Olaya por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de DAVIVIR S.A., en su momento, y posteriormente con Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, se ordene a Porvenir S.A. a trasladar las cotizaciones, incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, y gastos de administración descontados, costas y agencias en derecho.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, nació el 21 de noviembre de 1956; que cotizó ante el Instituto de Seguros Sociales ISS entre el 20 de agosto de 1985 hasta el 31 de julio de 1999, acumulando 632 semanas; que para



esta última fecha fue visitado por un asesor de DAVIVIR S.A., fondo en el que permaneció hasta el 1 de diciembre de 2002, cuando se trasladó a Porvenir S.A.; que para el cambio de régimen pensional no fue informado de manera clara, completa y suficiente sobre las implicaciones que le llevaría dicho traslado; que se trasladó bajo el convencimiento que el valor de la mesada pensional sería mayor a la que otorga el régimen de prima media, que se le devolverían excedentes de libre disponibilidad, y que fue inducido a error a través de engaños y falsas promesas.

Que, le informaron que el ISS iba a desaparecer y que podría perder las cotizaciones realizadas hasta ese momento; que no le informaron las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales; que faltando menos de 10 años para el cumplimiento de la edad requerida el fondo privado le informó proyecciones pensionales que mostraban el mismo valor de la mesada indicada desde el inicio.

Que, presentó solicitud de regreso al régimen de prima media a Colpensiones el 27 de agosto de 2018, y que al día siguiente fue negada la solicitud; y que lo mismo ocurrió con Porvenir S.A., que cuenta con las proyecciones que realizó el fondo privado; que con un salario base de cotización de \$3.673.000 le informaron que el valor de la pensión sería en la suma de 1 smlmv.

Que le ofrecieron en el momento del traslado beneficios que no son ciertos, afectando el mínimo vital, que se siente estafado, por lo que su decisión no fue autónoma al no haber sido debidamente informado.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2 y 6, y manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; y, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Protección S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1 y 4, y manifestó no constarle o no aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; e, inexistencia de la obligación de devolver el pago del seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 3, 8 y 9, y manifestó no aceptar o no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: prescripción; falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas; buena fe; prescripción de



obligaciones laborales de tracto sucesivo; e, enriquecimiento sin causa; cumplimiento de los requisitos formales en la afiliación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor LUIS ALBERTO OLAYA GÓMEZ identificado con C.C.19.259.810 al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 26 de julio de 1999, incluidos los traslados realizados dentro del mismo régimen, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., fondo al que se encuentra afiliado el señor LUIS ALBERTO OLAYA GÓMEZ identificado con C.C.19.259.810, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo, conforme quedó explicado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, conforme la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. a la suma de 1 smlmv a cargo de cada una.



SEXTO: *En caso de no ser apelada la presente decisión, por parte de Colpensiones CONSÚLTESE a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.*

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en el caso del demandante, este se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por medio de Protección el 26 de julio de 1999, haciéndose efectivo el 1 de septiembre de igual año, y era a esta entidad a quien asistía la carga de la prueba para demostrar el tipo de información que se brindó al demandante al momento de su traslado, y si la misma fue veraz, además de las consecuencias tanto negativas como positivas de su decisión, y como ello no sucedió el traslado en este caso se tornó ineficaz.

Advirtió que, Protección dentro de las pruebas allegadas no aportó la hoja de vida de quien brindó la información a fin que el juzgado dentro de su sana crítica, verificara si aquel contaba con la experticia necesaria para explicar en debida forma las consecuencias positivas y negativas del traslado, que el fondo privado tampoco demostró las capacitaciones que le brinda a sus asesores previos a ser contratados para cumplir este fin, que brilló por su ausencia una política clara de una debida información para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, lo cual no significa una tarifa legal para que se demuestre el cumplimiento con el deber de asesoría, sino que requiere otras pruebas adicionales a la confesión que requieren los apoderados se realice por parte del actor de haber recibido una completa asesoría.



Que, tampoco es de recibo que no pueda prosperar la ineficacia del traslado el hecho que la única motivación por la cual la parte actora activa el sistema judicial es el mayor valor en su mesada pensional, no es correcto que bajo dicha premisa los fondos de pensiones escuden su negligencia.

Sobre las consecuencias que implica dicho traslado en lo referente a Porvenir S.A., fondo al que se encuentra afiliado el demandante, pese que sobre el mismo no se predique la ineficacia del traslado de ING hoy Protección, la Corte en sentencia del 8 de septiembre de 2008, radicado 31989, expresó que, las administradoras tienen el deber de devolver las cotizaciones con todos sus frutos, rendimientos que se hubieren causado.

En tales términos declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional; que, en igual sentido, frente a Colpensiones la ineficacia implica que esta se obligue a reactivar la afiliación del actor al régimen de prima media, tal como lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de noviembre de 2011 radicación 33083 y del 3 de septiembre de 2014 radicación 46292.

Que la nulidad de la vinculación a partir que se declara la priva hacia el futuro de todo efecto, no se puede derivar ningún derecho u obligación, entre el actor y la entidad demandada por mesadas pensionales o gastos de administración.

Sobre la prescripción manifestó que la solicitud de nulidad o ineficacia al perseguir en esencia un derecho pensional, es imprescriptible, y, por lo tanto, someter su reclamación a un periodo determinado afectaría los derechos fundamentales del afiliado, por ello, el derecho a elevar tal solicitud no prescribe.



APELACIÓN

AFP PROTECCIÓN S.A.

“Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia: solicita que la sentencia se revoque, ya que la entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre una persona para que se afilie al fondo; que, sus actuaciones están sujetas a la buena fe; que, en este caso no se atentó contra el derecho del actor de selección libre y voluntaria y espontánea, acorde con el art 271 de la ley 100 de 1993, y que en su lugar le brindó asesoría responsable, oportuna y necesaria según los lineamientos de la entidad para asesorar a los afiliados; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003, ya que se encuentra a menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez.

Que para la fecha de afiliación del demandante el fondo estaba en la obligación de brindarle información necesaria, que según los art 113 y 114 de la ley 100 de 1993 era requisito principal el formulario de vinculación, el cual fue suscrito por este, era un documento válido; que recibió las respectivas asesorías en varias ocasiones, que trasladó todos los frutos y rendimientos a Porvenir S.A.; que conforme el art 1746 sobre las restituciones mutuas, aunque se declare la nulidad o ineficacia no puede hacer la ficción que nunca existió dicho contrato, ya que no puede desconocerse que el bien administrado produjo frutos y mejoras y rendimientos financieros, y que producto de esa buena gestión ésta debe conservar dichos rendimientos; que con la orden para remitir a Colpensiones rendimientos y gastos de administración se constituiría un enriquecimiento sin causa a favor del demandante en detrimento del patrimonio de Protección, ya que estaría recibiendo los rendimientos generados por la buena administración, que ello es como si se tuviera una póliza sin que ocurriera un siniestro causarlos.”

COLPENSIONES

“Interpone recurso de apelación; en síntesis, solicita se tenga en cuenta los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, para indicar que la voluntad de traslado en el año 1999 la realizó de manera libre y voluntaria, por lo que esta goza de validez; agregó que no se observó vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo; que no hizo uso de derecho de retracto que le otorga la legislación civil; que se encuentra dentro de la -prohibición legal del artículo 2 de la ley 797 de 2003, que por el tiempo en que -lleva afiliado al raís ha demostrado su interés de permanecer afiliado al mismo, que el hecho que sea una asesoría verbal no le quita el carácter de la misma al no estar por escrito, que el monto pensional solo se establece al cumplir los requisitos para causar el derecho y no es dable exigir al fondo una proyección que indicara las ventajas y desventajas; que no se ha tenido en cuenta que el deber de información ha tenido varias etapas, y que se deben tener en cuenta los parámetros que en su momento se manejaban, y que se debe estudiar los casos en concreto, que el deber de la doble asesoría surgió en el año 2014, y el traslado ocurrió en el año 1999, por lo que para ese momento no se exigía ese requisito; que este proceso crea una situación compleja para Colpensiones ya que se debate una relación jurídica en la que no hizo parte como



**Proceso Ordinario Laboral 22 – 2018 – 0615 – 01 DTE: LUIS ALBERTO OLAYA GÓMEZ DDO:
COLPENSIONES Y OTRO**

la suscripción del formulario; que con la sentencia se atenta contra la sostenibilidad financiera de Colpensiones; que el demandante no contaba con una expectativa legítima al no contar con los requisitos al momento del traslado.”

PORVENIR S.A

“Interpone recurso de apelación; solicita se revoque la sentencia, ya que el traslado inicial ocurrió en el año 1999 y por tanto la entidad no conoció las circunstancias de tiempo, modo y lugar del mismo; que no se evidenció vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo; que el art 271 de la ley 100 de 1993 establece la ineficacia, que este caso no se demostró el dolo; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la ley 797 de 2002; agregó que, no se justifica que el demandante alegue falta de información porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones, y menos cuando ha estado 21 años válidamente afiliado a rais sin que haya hecho gestión alguna para retornar al régimen de prima media.

Sobre los gastos de administración el inciso 2 del art 20 de la ley 100 de 1993, en el régimen de prima media se destina un 3% del valor de la cotización para financiar gastos de administración, no forman parte integral de la pensión, por lo tanto, ordenar su devolución sería enriquecer a la codemandada Colpensiones.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados por las apoderadas de las entidades demandadas, se tiene que lo pretendido por el señor Luis Alberto Olaya, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con DAVIVIR, hoy Protección S.A., el día 26 de julio de 1999, según quedó acreditado en el proceso, y que no fue objeto de discusión.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia



con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente**



que posteriormente alegue algún tipo de engaño, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Luis Olaya, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1999; por lo que se debe dar por demostrado que DAVIVIR hoy Protección S.A., faltó al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la



obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, la línea jurisprudencial a que se alude ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Protección S.A., probar el suministro de dicha información al demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte del demandante probar vicio del consentimiento, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (DAVIVIR, hoy Protección S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia



radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.



De tal manera, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, puesto que, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Conforme lo anterior, y en cuanto a la inconformidad sobre la orden de retornar las sumas deducidas por gastos de administración, contrario a su argumento, esta decisión encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

En este punto, en alcance del recurso formulado y antes mencionado, entiende la Sala que el mismo, no se argumenta precisamente en contra de



la decisión, sino de manera previsional sobre los conceptos que deben ser retornados a Colpensiones, frente a lo cual se recuerda que el a quo ordenó el traslado de los aportes, junto con los rendimientos que se hubieren causado, lo cual se encuentra en consonancia con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y por tanto, los demás conceptos que solicita deben ser retornados, por un lado, no se soportan los recursos en disposición normativa alguna, y por otro, en caso de existir fundamento legal, lo cierto es que al interior de los recursos no se indica la proporción o montos o periodos en los que debe accederse a lo afirmado, pues se hacen de manera general.

Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1999**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.



En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada



(AUSENTE CON PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'LORENZO - R', is written over a printed name and title. The signature is stylized and somewhat illegible.
LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C

SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 08 2019 785 01

ASUNTO: APELACION AUTO Y SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA CAMACHO PAGNUTTI

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Alida del Pilar Mateus, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá D.C., a los Diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar el siguiente:

AUTO

En audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, celebrada en la misma oportunidad en que se profirió sentencia dentro del proceso de la referencia, la Juez de primer grado resolvió declarar no probada la excepción previa de falta de agotamiento de reclamación administrativa propuesta por Colpensiones, medio exceptivo que fundamentó dicha entidad señalando que la demandante previo al inicio de esta acción, no petitionó la nulidad del traslado de régimen pensional; frente a lo cual, la juzgadora de primera instancia declaró no probada la misma indicando que con la documental visible a folio 24 a 26 se acreditaba que la demandante había elevado solicitud de afiliación a Colpensiones y esta última había respondido negativamente a la misma argumentando que no podía retornar al RPM por encontrarse inmersa en prohibición legal para el efecto.

Inconforme con dicha decisión señaló el apoderado de Colpensiones que la documental a que se hacía alusión era el formulario de afiliación radicado por la demandante y en el mismo únicamente se diligenciaban los datos de la demandante y conforme el artículo 6 del CPTTS, era claro que a efectos de convocar una entidad de orden público, se requería un reclamo escrito con relación al derecho pretendido y para el caso de la demandante pretendía la ineficacia de su traslado de régimen, cuestión que no le había sido puesta de presente a Colpensiones, ya que no se discutía su afiliación a esta última o a Porvenir, sino la nulidad del traslado y el simple formulario de afiliación no cumplía con el efecto pretendido por la norma en cita.

CONSIDERACIONES

En aras de resolver lo pertinente en cuanto a la excepción previa propuesta, se tiene que el artículo 6° del Código de Procedimiento Laboral vigente, preceptúa:

“Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta”.

Es claro entonces que, al ser Colpensiones, una entidad del Estado era necesario se diera cumplimiento a lo ordenado en el artículo mencionado, **dada la finalidad recordemos de la norma,** en lo que tiene razón el recurrente-; que es que las entidades, **tengan la oportunidad de determinar la procedencia o no de los derechos objeto de reclamación, desde luego, previo al análisis fáctico y jurídico que corresponda.** Así mismo, si de ese análisis se concluye la existencia del derecho reclamado, **para que se proceda a su reconocimiento directamente por la entidad obligada, sin que sea necesaria la intervención del Juez.**

La H. Corte Suprema de Justicia ha sido uniforme en la consideración de que a través del instituto de la vía gubernativa:

“(...) se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios Jueces del Trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquéllas y puedan así corregir por sí mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial.(...)”

(C.S.J. Sent. 12.221 oct. 13/99 M.P. Germán G. Valdés Sánchez).

Además como se ha señalado en reiteradas oportunidades, el mencionado requisito de reclamación administrativa constituye un factor de competencia sin el cual no puede entablarse válidamente la relación jurídico procesal y que, por tanto, debe ser evaluado al momento de admitirse la demanda o al momento de resolverse la excepción previa siendo claro se insiste que su finalidad no es otra a que la administración estudie previamente la viabilidad de los reclamos efectuados por el trabajador y, si a bien lo tiene, los reconozca, sin que tenga que agotarse un proceso en la jurisdicción ordinaria.

Ahora, la reclamación se entiende agotada con un simple reclamo escrito, pero en todo caso, debe referirse exactamente a los derechos que se pretendan en la demanda. En otros términos, aunque la reclamación administrativa no está rodeada de más formalidades o solemnidades que la de constar por escrito, siempre debe guardar una identidad de objeto y causa con respecto a las pretensiones de la demanda, pues la administración debe tener la posibilidad de conocer y estudiar previamente los reclamos del trabajador incluidos en su demanda y no otros.

No sobra agregar que esta reclamación puede considerarse como una regla de competencia a dos niveles: i) la competencia primaria, preferente o previa en el conocimiento de los reclamos del trabajador o servidor es de la propia administración y ii) solo después del conocimiento de los reclamos por la administración, nace la competencia para la autoridad jurisdiccional.

Es por ello que la reclamación administrativa ha sido considerada como un factor de competencia, y desde luego también como uno de los presupuestos procesales necesarios para el regular establecimiento de la relación jurídico –

procesal y si bien es cierto como tal no parece dentro de las excepciones previas prevista en el Código General del Proceso **es en verdad una excepción previa dilatoria denominada declinatoria de jurisdicción que conduce a la terminación del proceso**, ya que el Juez no estaría facultado para resolver la controversia mientras no se surta la respectiva reclamación.

Conforme lo señalado en precedencia y descendiendo al caso en particular que observa que como lo señaló el recurrente a folio 24 obra formulario de afiliación radicado por la demandante ante Colpensiones en el año 2019, documental en la que si bien no se indica que se pretende la nulidad del traslado, lo cierto es que tal cuestión se deduce con la misma respuesta dada a esta solicitud por la entidad en mención y que obra a folio 25 del plenario, documental en la que esta demandada le indica que no es posible acceder a su solicitud de afiliación por encontrarse a menos de 10 años de adquirir derecho pensional, respuesta de la que claramente se establece que la entidad **sí tuvo conocimiento de lo pretendido por la demandante**, esto es, su retorno al RPM, asunto que igualmente es el que se ventila en este asunto judicial.

De manera que como se ha señalado, el formulario de afiliación radicado por la demandante cumplió con el fin previsto en el artículo 6 del CPTSS, esto es poner en conocimiento de la demandada la intención de la demandante de retornar al RPM y luego, el Juez sí tiene competencia para decidir sobre lo aquí reclamado, razones suficientes para **confirmar** el auto objeto de apelación.

Determinado lo anterior y al no salir avante el medio exceptivo propuesta, se procede a proferir,

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación la sentencia proferida el 23 de junio de 2021, por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado para presentar alegaciones fueron remitidas vía correo electrónico las de las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A. y las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA CAMACHO PAGNUTTI, actuando a través de apoderado interpuso acción ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad absoluta del traslado de régimen pensional que realizara a Porvenir S.A., por lo que siempre estuvo válidamente afiliada al ISS hoy Colpensiones, ordenando a esta última solicitar a Porvenir S.A., el traslado de los dineros depositados en su CAI.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis que nació el 11 de febrero de 1966 e inició a cotizar para los riesgos de IVM al entonces ISS desde 1992 a 1999, anualidad en la cual fue trasladada a Porvenir S.A., traslado para el cual medió vicio en su consentimiento, por lo que el 7 de febrero de 2019 solicitó ante dicha AFP el cambio de régimen pensional, lo propio hizo ante Colpensiones, entidades que negaron dicha petición.

Indica que el acto de traslado al RAIS, no se surtió en debida forma como quiera que no se le suministró toda la información relevante al respecto, ni se le pusieron de presente proyecciones sobre su futuro pensional, no recibió asesoría por parte de Porvenir ya que tampoco le indicaron las consecuencias que le podía acarrear el traslado de régimen pensional, lo que generó un vicio en su consentimiento, que de haber permanecido en el RPM, su mesa pensional sería considerablemente superior a la que recibiría en el RAIS, que ha cotizado 1328 semanas al sistema pensional.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada COLPENSIONES, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1, 2, 6, 7 y 17 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que

denominó prescripción y caducidad e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, PORVENIR S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, en relación con los hechos negó los No. 3 a 5, 8 a 11, 13 a 19 y 20 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El juzgador de primer grado resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora MARIA ELISA CAMACHO PAGNUTTI, identificada con C.C N.° 39.693.563, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., realizado el día 06 de julio de 1999, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante MARIA ELISA CAMACHO PAGNUTTI, identificada con C.C. N.° 39.693.563, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARIA ELISA CAMACHO PAGNUTTI, identificada con C.C. N.° 39.693.563, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.
(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que en cuanto a la validez del demostrado traslado de la demandante al RAIS, la Sala de casación de la Corte Suprema de Justicia había definido en línea jurisprudencial cuándo se podía considerar dicha decisión válida y contrario a ello, los parámetros que la llevaban a ser ineficaz, estableciendo el deber de

información que debe mediar en la decisión de traslado, que se encuentra a cargo de las administradoras pensionales, previendo la procedencia de la ineficacia cuando se demuestre su inobservancia; al respecto dicha Corporación había señalado que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación era insuficiente ante la necesidad de un consentimiento informado, señalando que la simple firma del formulario y de las afirmaciones consignadas en formatos preimpresos, no eran suficientes para dar por demostrado el cumplimiento del deber de información, ya que a lo sumo se acreditaba un consentimiento pero no informado; de igual manera dicha Corporación había señalado que la información que imparte el promotor o el asesor del fondo privado debe contener aspectos favorables como desfavorables del cambio de régimen, que la carga de la prueba del consentimiento informado, está en cabeza de las AFP y finalmente que no es necesario que la persona esté en régimen de transición o tenga un derecho pensional consolidado para que pueda solicitar la ineficacia.

Conforme lo anterior indicó que analizado el material probatorio allegado, se demostraba que la demandante se encontraba afiliada al ISS previo a su traslado al RAIS, Instituto al que cotizó 282,5 semanas, que su traslado al RAIS tuvo lugar el 6 de julio de 1999 a través de Porvenir S.A. y del interrogatorio de parte que rindió el representante legal de esta última, había indicado que no contaba con documentos adicionales al formulario de afiliación allegado y suscrito por la demandante para probar la información que se le suministró en dicho momento, afirmación que daba cuenta de la falta de dicho deber, no pudiéndose derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial señalando que no recibió información o asesoría por parte de los promotores del traslado como tampoco se le informaron las consecuencias del mismo, pues simplemente dijo que un asesor ante un público de más de 100 personas les indicó que había que pasarse al fondo privado, siendo esta la mejor opción por cuanto acceder tener prestaciones más beneficiosas, adujo no tener conocimiento sobre los rendimientos financieros, ni sobre aportes voluntarios.

Afirmó que al ser el formulario de afiliación el único documento a través del cual se pretende derivar en cumplimiento del deber de información, el mismo según los precedentes jurisprudenciales no resultaba ser suficiente para entender que la administradora en este caso porvenir, había suministrado a la señora María

una información mínima acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales; razón por la cual, había lugar a declarar la ineficacia de la afiliación bajo estudio ordenando a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes financieros y los gastos de administración que poseía la actora en su CAI, sobre estos últimos refirió que conforme a los efectos de la ineficacia, las cosas tienen que volver al estado al inicialmente se encontraban con antelación, es decir como si no hubiese ocurrido y por ello dichos gastos se debían retornar al RPM, junto con aportes y rendimientos de los mismos, no siendo esta acción judicial de carácter prescriptible por cuanto involucraba derechos pensionales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, **Colpensiones** señaló que no compartía los argumentos de la decisión de instancia en cuanto indicaba que no existían medios probatorios para concluir que se dio cumplimiento a las obligaciones legales en cuanto al deber información, toda vez que Porvenir únicamente allegó el formulario afiliación y en el interrogatorio de parte de la misma representante legal, indicó que no existía documento adicional y en el mismo sentido la Juez señaló que respecto del interrogatorio de parte vertido por la demandante no se derivaba confesión alguna ya que ratificó las circunstancias de tiempo modo lugar de la afiliación y que efectivamente no hubo ninguna información o asesoría por parte del representante de Porvenir; en cuanto a las citas y fundamentos jurisprudenciales a los que se hizo alusión, no se comparte el análisis que primera instancia con relación a las pruebas respecto a la ausencia de documentales, ya que es conocido por todos momento en que la demandante se traslada para el año 1999, data para la cual, no existía ninguna obligación de las administradoras de pensiones de ninguno de los dos regímenes brindar asesoría y el traslado se entiende libre y voluntario con la correspondiente firma el formulario de afiliación, ya claramente no existe ningún documento adicional porque la asesoría en los términos señalados por la decisión, no se exigía para ese momento la luz de las exigencias normativas de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 del mismo año.

Afirmó que tampoco se compartía la valoración que hace el despacho del interrogatorio de parte de la demandante, ya que indica que no se obtuvo

confesión, pero sí tuvo en cuenta dicha prueba para efectos de analizar la prosperidad de las pretensiones de la demanda; no siendo de recibo dicha afirmación ya que en primer lugar nadie puede hacer su propia prueba y en segundo lugar, era apenas evidente que lo que hace la demandante es ratificar los supuestos fácticos que se plantearon en la demanda y de su dicho en el interrogatorio sí se podía establecer la falta de auto información de ella en cuanto a su situación pensional, así como la ausencia del compromiso al respecto, no pudiéndose pasar por alto el deber que le asistía de corroborar lo expuesto por el fondo privado en el momento de la afiliación, más aún cuando en este caso la demandante aduce un engaño y no explica por qué razón ha permanecido por tanto tiempo en el RAIS y no optó desde 1999 por regresar al RPM.

Por otra parte, indicó que debía tenerse en cuenta las aclaraciones de voto realizados a la sentencia SL 1452 del 2019 las que si bien no tienen el carácter de vinculante, son muy claras en indicar que se debe analizar cada caso concreto, ya que la jurisprudencia en torno a la ineficacia no debe aplicar se manera automática, lo que lleva a concluir que debe determinarse si en este caso realmente se causó un el perjuicio a la demandante por el traslado del régimen pensional, ya que se interpone esta acción únicamente con fundamento en la inconformidad del valor de la mesada pensional.

Afirmó por último que de mantenerse la decisión en cuanto a la ineficacia de la afiliación, se debía adicionar en el sentido de ordenar el traslado de todos los dineros de la CAI de la demandante con inclusión de los gastos de administración y también lo destinado por concepto de seguros tradicionales de invalidez y sobrevivencia, así como los dineros destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, los que deben ser trasladados de manera indexada toda vez que Porvenir S.A., viene administrando la cuenta personal de la demandante desde el año 1999 y cuando se trasladan los gastos de administración y los demás conceptos, sufren depreciación monetaria por el paso del tiempo.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, señaló que se debían analizar las circunstancias de cada caso en concreto, no asistiéndole razón al fallo de primera instancia en declarar la ineficacia del traslado con base en la falta de información cuando no era obligatorio brindarla en los términos señalaos para la fecha de afiliación de la demandante, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998 emitida por la

Superintendencia financiera de Colombia, la cual tenía como única exigencia que el traslado se entendía no sólo materializado si no válido con el diligenciamiento del correspondiente formulario de conformidad con las disposiciones vigentes sobre el particular, de manera que esa AFP había cumplido con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la demandante en el RAIS, era una decisión libre, voluntaria e informada que ratificaba por el paso del tiempo; máxime cuando se le asesoró conforme a las obligaciones de la época sobre las implicaciones de su traslado y dada su permanencia en el RAIS, conforme el artículo 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento del consentimiento por ratificación tácita de acuerdo, este se había ratificado por dicha permanencia en el RAIS.

Señaló que no era factible ordenar devoluciones de gastos de administración de acuerdo con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 20 de la ley 797 de 2003 ya que en el RPM igualmente se destinaba el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración y gestión de calidad, dichos gastos no formaban parte integral de la pensión y por ello, estaban sujetos a la prescripción y sobre el particular la Superintendencia financiera de Colombia en concepto había señalado que cuando se daba ineficacia de afiliación, únicamente había lugar al traslado de aportes junto con rendimientos sin que proceda la devolución del seguro provisional, ya que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza y el hecho de que ordenar el traslado de estos gastos configuraba un enriquecimiento sin causa a favor de la demandada Colpensiones, máxime cuando no había disposición legal que impusiera dicha devolución y estos al igual que las primas de seguro, se veían afectados por el fenómeno prescriptivo ya que no eran de propiedad del afiliado y no financiaban el derecho pensional.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA CAMACHO PAGNUTTI, se circunscribe a la declaratoria de nulidad del traslado de régimen pensional que efectuara el 6 de julio de 1999, a través de formulario de afiliación suscrito con Porvenir S.A., documental que fuera allegada por esta parte a folio 27 del expediente digital.

En este orden, si bien se peticiona la nulidad de traslado de régimen pensional, lo cierto es que se alega por falta al deber de información, razón por la que como lo ha indicado la jurisprudencia proferida al respecto, lo pretendido se estudia bajo la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del RAIS, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Es así como para estos casos, contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso y alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia

pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia, sin que intervengan aspectos relacionados con el régimen de transición, o que se tenga un derecho adquirido, para que se le deba prohijar dicho deber de información.

Teniendo en cuenta lo anterior, y revisado el expediente se encuentra que como bien lo refirió la decisión de primer grado y contrario a lo señalado por la recurrente Porvenir S.A. la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por dicha AFP, es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año de 1999, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico establece el principio de trascendencia legal y constitucional como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a la demandadas recurrentes aducir el suministro de toda la información requerida para el caso particular de la demandante en el acto de traslado con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, ya que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv)

si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de las recurrentes, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado de la demandante; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea

jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones.

Es así como para el caso particular de la aquí demandante se observa que contrario a lo señalado por las recurrentes no fue debidamente informada de las implicaciones positivas y menos negativas del traslado del régimen pensional en el año de 1999, data para la cual, se itera, debía ponérsele de presente las mismas, omisión que permite concluir que dicho acto de traslado se reputa ineficaz **desde su nacimiento**, razón por la cual de ninguna manera se puede entender ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este como lo señalan las recurrentes, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual manera y si bien como lo indica la recurrente Colpensiones, al afiliado también le asiste el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

De otra parte, contrario a lo señalado por las demandadas en sus alegaciones, no resulta procedente exigirle a la demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

Proceso Ordinario Laboral No. 08-2019-785-01 Dte: MARÍA CAMACHO PAGNÓTTI Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Es así como, contrario a lo afirmado por la administradora pensional del RPM, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con gastos de administración y como bien lo indica esta recurrente también hay lugar al traslado de las comisiones y dineros descontados con destino al Fondo de garantía de pensión mínima indexados, durante el tiempo en que estuvo afiliada al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como indica Porvenir S.A., en su recurso y alegaciones ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos, los que contrario a lo manifestado por esta, no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo anterior, se **adicionar**á el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí señalado debe

comprender los descuentos realizados de la CAI de la demandante al Fondo de Garantía de Pensión mínima y comisiones de aseguramiento junto con indexación.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de sentencia recurrida en el sentido de indicar que el traslado de aportes allí señalado debe comprender los descuentos realizados a la demandante con destino al Fondo de Garantía de Pensión mínima y comisiones de aseguramiento junto con indexación.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

EN USO DE PERMISO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSEY
MAGISTRADO

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 03 2019 883 01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

A U D I E N C I A D E J U Z G A M I E N T O

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá D.C., a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), día señalado por auto anterior para llevar a cabo audiencia, la Magistrada Ponente la declaró abierta en asocio de los demás integrantes de la Sala de Decisión.

El Tribunal de conformidad con lo acordado, consignado en el acta de la fecha procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Al conocer de la sentencia de fecha 10 de marzo de 2021, proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, dada la apelación presentada por los apoderados de las demandadas y dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

ANTECEDENTES

Solicitó la parte actora que se declare la nulidad del traslado realizado por la señora OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ efectuado a la demandada COLFONDOS, en el mes de agosto del año 2000, ante la omisión de este fondo al deber de información. Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, los



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO
SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

valores obtenidos en virtud de la vinculación de la actora, tales como bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubiesen causado. Que se condene a la demandada COLPENSIONES a recibir como afiliada a la actora, así como a recibir los valores que le fueran entregados. Que se condene a las demandadas al pago de las costas y agencias en derecho. De manera subsidiaria solicita se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado, al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre y voluntario. (fl.- 6-7)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando en síntesis:

- Que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1 de diciembre de 1.979 y hasta el mes de agosto de 2000, fecha en la cual se afilió a COLFONDOS.
- Que al momento de trasladarse de fondo de pensiones, no fue asesorada o informada por ese fondo de manera clara, transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el régimen de ahorro individual con solidaridad, los beneficios, los riesgos, desventajas o inconvenientes de este régimen.
- Que no le informaron cual era el régimen pensional que más le convenía.
- Qué no le indicaron cual era el capital que debía ahorrar para poderse pensionar.
- Que no le informaron que tenía que negociar su bono pensional.
- Que nunca le indicaron sobre el derecho de retracto.
- Que no le realizaron proyecciones futuras.
- Que ha solicitado se declare la nulidad del traslado realizado. (fl.- 4-6)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Por su parte, la demanda **COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que son ciertos los enlistados en los numerales 1, 2, 13, 14, y 15, para los demás señaló que no lo son o que no le contestan. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y presunción de legalidad de los actos administrativos. (fl.- 98-116).

Al contestar la demanda **SKANDIA S.A.** se opuso a algunas de las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en numerales 1 y 15, para los demás señaló que no lo son o que no le constan, propuso las excepciones de prescripción buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación. (fl. Cd. Folio 137).

Por su parte, la demanda **COLFONDOS** se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas en su contra, respecto de los hechos, señaló que es cierto el enlistado en el numeral 2, para los demás señaló que no lo son o que no le contestan. Propuso las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción, compensación y pago. (Cd. Folio 138).

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, en sentencia del 10 de marzo del año 2021, declaró:

“Primero: Declarar la ineficacia del traslado de la demandante OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ, del régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado en su momento por COLFONDOS SA, así como la ineficacia de los traslados



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

horizontales realizados con posterioridad de COLFONDOS S.A. a OLD MUTUAL para entender vinculada a la demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO Condenar a la AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A. a trasladar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el evento de haber realizado, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, sin descuento algo, con todos los rendimientos financieros e intereses causados, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, a aceptar el traslado de los dineros que efectúe AFP OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA S.A., para que proceda a activar la filiación de la demandante OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ como si nunca se hubiese trasladado el régimen de prima media con prestación definida y Asimismo actualizar la información de la historia laboral del demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO declarar no probada la excepción de prescripción por puesta por las demandas, conforme a la parte motiva.

QUINTO: Condenar en costas, incluidas las agencias en derecho a las demandadas COLFONDOS, OLD MUTUAL hoy SKANDIA y COLPENSIONES, las que se tasa en la suma de \$1.000.000,00 a cargo de cada una”.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que revisados en su conjunto tanto el escrito de la demanda como los escritos de contestación de esa demanda se puede extraer que lo discutido en el presente juicio radica en determinar si se presentó una ineficacia en el momento del traslado de la demandante al momento del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado en el mes de agosto del 2000, la cual consiste en que se la hicieron inducir en error o engaño en razón a que no se suministra una información completa sobre las ventajas y desventajas que acarrearía el cambio de régimen a otro.

Luego de realizar un recuento del acervo probatorio señaló que en la fecha del traslado ya existían normas que obligaban a los fondos administradoras de pensiones a brindar una información completa, veraz y oportuna, en el momento de la promoción de la afiliación, así lo dejó establecido el artículo



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO
SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

12 del Decreto 720 de 1994, cuando consagra obligaciones de los promotores, los promotores que emplea en la sociedad administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho al afiliado, de suerte que al revisar los medios de prueba no se logró establecer cuál fue la información que se le brindó a la demandante, pese a que, en el interrogatorio de parte del Representante Legal de la demandada manifiesta que se les capacitaba a sus promotores comerciales para brindar esa información completa acerca de uno y otro régimen, lo cierto es que no se logró establecer fehacientemente y con medios de prueba cuál fue esa información que se le brindo tanto un régimen de un régimen como del otro.

Igualmente indicó que tampoco se logró establecer cuál fue la capacitación que se le brindo exactamente al promotor comercial que abordo a la aquí demandante, no es suficiente con que lo afirme, sino que debe probarlo recuérdese que en su interrogatorio no manifiesta que se les brindaba y se les daba una capacitación específica de sus promotores comerciales, sobre las condiciones de uno y otro régimen de suerte que ni siquiera eso fue aportado al expediente.

Frente a la carga de la prueba e interpretando las normas vigentes para la época, se vino pronunciando las Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente lo hizo el 9 de septiembre del año 2008, entre el radicado 31.989 con ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, allí claramente preciso frente a la carga de la prueba en esas condiciones el engaño no solo se produce en lo que se afirma, sino de los silencios que cuando el profesional que ha de tener la iniciativa proporcional todo aquello que resulta relevante para la toma decisiones que se persiga, de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor, a la entidad demandada y si párrafo específico que habla de la carga de la prueba fue nuevamente retomada por la doctrina del presidente vertical emanada del órgano vértice máximo de esta jurisdicción dentro del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO
SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

radicado No 543814 del 14 de Noviembre del año 2018, con ponencia del Honorable Magistrado Doctor Gerardo Botero Zuluaga, pero allí adicionalmente específico en concreto qué es lo que se debe haber informado y como debe probarse, allí concluyó la alta Corporación de manera que conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que primero la insuficiencia de la información general, segundo no será suficiente la simple suscripción de formulario si no el cotejo con la información brindada la cual debe corresponder a la realidad de manera que aquí no hay forma de cotejar con la información brindada porque se echa de menos cuál fue la información que se le brindó a la demandante en el momento del traslado, y tercero términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a la administradoras de fondo de pensiones, a llegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, y no sea llegó ningún dato de acuerdo con el análisis probatorio que ya tuvo oportunidad de hacer este operador judicial, de igual forma tampoco es suficiente la suscripción voluntaria del formulario tal y como lo tiene establecido la misma doctrina del precedente vertical y específicamente lo estudio dentro del radicado 68.852 del 3 de abril del año que transcurre, con ponencia de la Honorable Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en donde indico la Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que la afirmación consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre y espontánea sin presiones otro tipo de leyenda de este tipo va a llover acciones no son suficientes para dar por demostrar el deber de información, por lo que declaró la ineficacia del traslado realizado por la actora en los términos arriba señalados.

DE LOS RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderada de la demandada COLPENSIONES, señaló:

“Sobre las características sobre las cuales este apoderado debe hacer señalamiento o la fundamentación del porqué se hace este recurso se debe tener en cuenta en primera medida, que si bien es un fallo interesante el mismo no se comparte en el criterio jurídico con lo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

refiere a este apoderado y se debe tener en consideración justamente los tres pilares sobre los cuales se erige esta disputa interpretativa sobre las cuales el despacho hace alusión, en primera medida lo que refiere nuevamente al acápite probatorio se debe entender que el mismo no cumplió con las finalidades aquí exigidas para efectos de determinar si existía adecuación jurídica frente a los temas que nos ocupan, debe señalar este apoderado justamente que al adolecer de este sustento para acreditar que efectivamente, 1. Una omisión por parte de las AFP's, así mismo, existen cargas que incluso el mismo despacho en primera instancia hace alusión, estas cargas no se deben verificar bajo el principio de justicia de una sola parte, a que hago referencia con ello, como el despacho hace alusión igualmente sobre los criterios que tenía y las obligaciones que tenía para efectos de acreditar o soportar los hechos y pretensiones sobre los cuales se cimentaron la demanda, se debe entender esto a colación, que si una parte no cumple con los mismos requisitos tampoco se puede endilgar responsabilidad per se a la otra o exigir una serie de actividades a la otra parte, ello por cuanto si lo miramos bajo el principio de la inversión de la carga de la prueba, la misma tiene una categoría específica y es una categoría que ya ha hecho incluso hincapié la Corte Constitucional, como garante de la misma carta Política y es que no opera de manera inmediata, la misma tiene unos fundamentos o sustentos para determinar porqué la demandante no allegó las documentales que le dieran soporte para tales fines, esperar o aspirar a que las demandadas alleguen las documentales, va en contra del debido proceso y la defensa técnica de las cuales aquí todos somos parte, y ello se trae a colación justamente por cuanto el Despacho a pesar de manifestar de no existir pruebas documentales que pudiesen acreditar efectivamente el conocimiento por parte del demandante al momento de su traslado ello y con todo el respeto del fallo de primera instancia considero una total discrepancia bajo los marcos jurídicos se cimenta esta litis, ello por cuanto al momento del traslado primigenio y su posterior traslado no se puede entender como requisito de existencia de validez de un negocio jurídico, volver formal algo que no es formal, la misma ley tiene señalado que obligaciones son formales, aquí lo que se trata es de acreditar si existía o no una información y repito y sobre ello no se puede entender o tratar de la misma manera o de manera similar a una demandante que hace manifestaciones que jamás en la historia tuvo reconocimiento y jamás en la historia tuvo ningún tipo de información de los asesores a una persona que sabe que son aportes voluntarios, que tan es así que los sacó para pagar una casa, tan es así que sacó aportes para no estar con una AFP sino para estar con otra, eso es una persona que conoce muy bien el sistema. Así mismo sobre las aplicaciones analógicas que se hicieron de la Corte Suprema de Justicia, si lo miramos dentro de los principios es que una norma o una jurisprudencia no se toma de imperativo cumplimiento, simplemente por que sea jurisprudencia ni porque mas o menos se acople al caso debe existir una identidad que ya la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado, los tres órganos de cierre ya han hecho mención a que debe existir identidad del sujeto,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

a que existen unas particularidades específicas como me pueden tratar o hacer aplicaciones analógicas de sentencias de personas que no tenían conocimiento, es un criterio del cual este apoderado siempre hace mención, siempre se debe preferir la Corte Constitucional, ya que es un criterio de obligatorio cumplimiento para todo operador judicial y si miramos bajo esa óptica analógica, la única razón para que una persona se pueda trasladar, es en los casos contemplados en la sentencia de unificación SU 062 o incluso la C - 130 de 2010, criterios de constitucionalidad que indican que no se puede realizar un traslado en cualquier momento obedeciendo un principio constitucional de sostenibilidad financiera y es un principio que debe obedecerse a pesar que no se encuentre en las sentencias de la Corte Suprema de justicia, es un principio imperativo, que todo operador judicial debe tenerlo en todas sus sentencias, que con todo respeto en el fallo de primera instancia brilla por su ausencia, por el contrario, los cuales distan de la realidad no jurídica sino de la realidad material del caso que nos ocupan, son los dos temas puntuales deja en sustento el recurso de alzada y solicita en su oportunidad se estudie y se revoque el fallo proferido en segunda instancia”

CONSIDERACIONES

Dando aplicación al grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, y teniendo en cuenta los recursos interpuestos por las demandas, procede la Sala al estudio de la nulidad del traslado.

Frente al primer este aspecto, se tiene que lo pretendido por la señora OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito ante la demandada COLFONDOS S.A., y su posterior cambio a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, para que en su lugar COLPENSIONES acepte la afiliación al régimen administrado por esta.

Para resolver lo anterior pertinente resulta traer a colación lo establecido respecto al tema por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en donde indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO
SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado; dicha información como de igual forma lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en reciente pronunciamiento radicado No. 68852 del 3 de abril de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, que tal deber, siempre ha estado en cabeza de las Administradoras del Rais, pues les encargó desde su creación legal, la prestación de un servicio público de carácter esencial, obligación que no cumplía con el hecho de capturar a ciudadanos mediante habilidades y destrezas sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro.

Indicó en el mismo pronunciamiento la Corte, en cuanto al deber de transparencia de las Administradoras:

“Por su parte, la transparencia es una norma de diálogo que le impone a la administradora, a través del promotor de servicios o asesor comercial, dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios. En otros términos, la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro”.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Es así como para estos casos como bien lo señala el juzgador de instancia, y contrario a lo indicado por el apoderado de Colpensiones en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; siendo como se dijo obligación de la demandada haber proporcionado dicha información debido a su experticia.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en varios pronunciamientos, como el del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, no resulta de recibo el argumento de la recurrente Colpensiones en alegaciones, según el cual, la administradora no estaba en el deber de soportar la información brindada a la fecha del traslado del actor; cuando lo cierto es que como tantas veces lo ha señalado la línea jurisprudencial aplicable en estos casos, **desde su creación** las administradoras están obligadas a brindar dicha información y soportar la misma, pudiendo determinar las ventajas y perjuicios de los afiliados que pueda conllevar su traslado de régimen, atendiendo a sus condiciones pensionales particulares, por ello es de vital importancia la revisión de cada uno de tales aspectos, en cuanto a los afiliados individualmente considerados, como en efecto lo indica la recurrente ya que la decisión de primer grado efectuó el estudio de la situación particular del traslado de la señora Jacqueline, arribando a la conclusión que no se había cumplido con el deber de información bajo estudio, conclusión que comparte esta Sala ante la orfandad probatoria del cumplimiento del mismo, como lo pone de presente la parte demandante en sus alegaciones, lo que impone **confirmar** la decisión de primer grado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Ahora bien, en el presente caso, no resulta procedente exigirle al demandante probar vicio en el consentimiento alguno a pesar de haberlo alegado, pues como se indicó al inicio de este pronunciamiento, lo pretendido no se estudia bajo la óptica de la nulidad y así en lo reiteró la Corporación en mención en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

De igual manera, contrario a lo afirmado por Colpensiones en alegaciones, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no conlleva la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, los que una vez recibidos por esta, entrarán a hacer parte del fondo común propio de dicho régimen y así contribuirán a financiar las prestaciones de los demás afiliados del RPM.

De igual forma, no resulta improcedente trasladar lo descontado por concepto de gastos de administración, pues estos también deben ser objeto de dicho traslado, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del***



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO
SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen no existió y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado; aspecto respecto del cual procede señalar a esta recurrente que el concepto a que alude también en sus alegaciones expedido por la SuperFinanciera, no es de obligatorio observancia por parte de esta jurisdicción, como quiera que tal índole sólo la ostentan los pronunciamientos del organismo de cierre de la misma, esto es, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Finalmente, se considera que hay lugar a adicionar la sentencia en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones señaladas en la parte considerativa de la presente decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las



Tribunal Superior Bogotá

**Proceso Ordinario Laboral No. 03 2019 883 01 Dte: OLGA INES SARMIENTO
SANCHEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO**

reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



**MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA**

**EN USO DE PERMISO
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO**



**LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO** .



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 02-2019-0114-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES; Y AFP PORVENIR S.A

MAGISTRADA PONENTE:

MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. VIVIANA MORENO ALVARADO identificada con C.C. 1.093.767.709 y T.P. 269.607 del C.S. de la J., en calidad de apoderada sustituta de la demandada COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder conferido y allegado junto con el escrito de alegatos de conclusión.

En Bogotá, a los diez (10) días del mes de diciembre de dos mil veintiuno (2021), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 02 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de abril de 2021.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior las partes presentaron alegaciones, aspectos que se tendrán en cuenta para resolver los recursos interpuestos.

ANTECEDENTES

La señora Sara Magnolia Salazar Landinez por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin que se DECLARE la nulidad del traslado y afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, por medio de Porvenir S.A., con fecha de efectividad 1 de diciembre de 1995; como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Porvenir S.A., para que restituya a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones y bonos pensionales, junto con los rendimientos que se hubieren caudado; y a Colpensiones para que reciba a la afiliada, costas y agencias en derecho.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones al señalar que, estuvo afiliada al régimen de prima media por medio del Instituto de Seguros Sociales entre el 1 de julio de 1987 a noviembre de 1995; que se trasladó al régimen de ahorro individual por medio de Porvenir S.A., con fecha de efectividad 1 de diciembre de 1995; que para el momento del traslado no fue recibió asesoría de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; las diferencias entre uno y otro régimen pensional, beneficios, riesgos, desventajas, y en general las implicaciones sobre los derechos pensionales a tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen pensional.

Que, no le informaron la cantidad de dinero que debía tener en la cuenta de ahorro para acceder a la pensión de vejez y el monto de la misma; que no le informaron la manera en que se distribuye el valor pagado por cotizaciones, la negociación del bono pensional, sobre el derecho de retracto, no hubo proyecciones pensionales, tasa de reemplazo, no recibió información sobre las condiciones para pensionarse anticipadamente.

Que el 4 de febrero de 2019 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional el cual fue negado, y que actualmente se encuentra afiliada a Porvenir S.A., realizando cotizaciones.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 13 a 16 manifestó no constarle los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva; inexistencia de la obligación; buena fe; prescripción; e, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas.

Porvenir S.A. contestó la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 1 y manifestó no constarle o no aceptar los demás. Como excepciones de mérito formuló las que denominó: prescripción; buena fe; e inexistencia de la obligación.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento decidió lo siguiente:

(...)

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ, identificada con C.C. 51.747.843 al régimen de ahorro individual realizada el 24 de noviembre de 1995 a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A., hoy Porvenir S.A., conforme lo dicho en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de la demandante SARA



**Proceso Ordinario Laboral 02 – 2019 – 0114 – 01 DTE: SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ
DDO: COLPENSIONES Y OTRO**

MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ identificada con C.C. 51.747.843 y que hubiere recibido producto de la afiliación de la demandante a dicha entidad, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la asegurada, con todos sus frutos e intereses, es decir, con los rendimientos que se hubieren causado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1746 del CC, sin que haya lugar a que de dichas sumas se realicen descuentos con ocasión de gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES representada legalmente por su presidente o quien haga las veces a recibir los aportes de la accionante SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ identificada con C.C. 51.747.843 en el régimen de prima media por prestación definida administrado por esa entidad, conforme a las cotizaciones efectuadas en su momento a Porvenir S.A., y tener entre sus afiliados a la demandante, como si nunca se hubiera trasladado en virtud del regreso automático, además de actualizarse su historia laboral.

CUARTO: Dadas las resultas del juicio se DECLARAN NO PROBADAS las excepciones propuestas por las convocadas a juicio.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a 4 smlmv.

SEXTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.

NOTIFICADOS EN ESTRADOS

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado, al señalar lo siguiente:

En síntesis, manifestó que, en el caso de la demandante, el fondo privado estaba en la obligación de proporcionar información a la demandante al momento del traslado de manera clara, completa y veraz conforme el literal el



literal b del artículo 13, y artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, decreto 663 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, entre otras.

Que las AFP desde el momento de su creación tienen el deber de brindar información a los afiliados del sistema pensional a fin de que estos puedan tomar y adoptar una decisión consiente de su futuro pensional; que a los jueces les compete el evaluar el cumplimiento del deber de información en el momento histórico en el que debió cumplirse, teniendo en cuenta que desde el inicio ese deber ha existido.

Que, conforme la sentencia con radicación 46292 del 3 de septiembre de 2014 de la Corte Suprema de Justicia, para indicar que, conforme el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 es imperativo para el juez que deba resolver sobre la viabilidad de la aplicación del régimen de transición ante la existencia del traslado, si el mismo se hizo bajo los parámetros de una libertad informada.

Que no basta con la suscripción del formulario de afiliación y que el documento no haya sido tachado de falso para darle plena validez al traslado, que no es suficiente para demostrar el deber de información que a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que teniendo en cuenta que el traslado se realizó el 24 de noviembre de 1995, al aplicar la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia debe verificarse cual fue la asesoría que tuvo la afiliada sin que importe probar el acaecimiento de vicios en el consentimiento.

Sobre la carga de la prueba indicó que le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, quien debe tener la iniciativa de



proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisiones, ya que se encuentra en mejor posición de probar los hechos puestos en consideración, al contar con las bases de datos para documentar los hechos de la demanda.

Que en este caso el fondo privado no allegó ningún elemento de prueba que acreditara el cumplimiento del deber de información, únicamente aportó el certificado emitido por Asofondos del 1 de noviembre de 2019, solicitud de vinculación a Horizonte del 24 de noviembre de 1995, a Porvenir del 22 de marzo de 1998 y otras solicitudes de traslado entre el mismo régimen pensional, recortes de periódicos, certificación de afiliación a Porvenir, sin que sea suficiente la mera suscripción del formulario de afiliación, el cual solo una prueba de una expresión genérica del deber de información.

Que al no cumplirse con los requisitos del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, en condiciones de libertad y espontaneidad, con una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta, y comprobable, beneficios y consecuencias del traslado, resulta ineficaz la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad.

APELACIÓN

AFP PORVENIR S.A.

“Interpone recurso de apelación; en síntesis, manifestó no compartir la decisión adoptada, que se toman a partes de las normas civiles de manera tendenciosa; que se afecta el principio de la confianza legítima ya que para el año 1996 la única prueba era formulario de afiliación y que la ley 100 de 1993 establece que con el mismo se aceptan todas las condiciones del régimen pensional; que la jurisprudencia solo 20 años después establece que el formulario no tiene ninguna validez, y por lo tanto si se encuentra probado el deber de información y la eficacia del formulario de afiliación; que no se logra determinar con claridad las consecuencias jurídicas de la sentencia, recordó la sentencia de la Corte Constitucional C-345 de 2017, para referirse sobre la ineficacia de la afiliación; que sobre el contenido de la información que se debía brindar



**Proceso Ordinario Laboral 02 – 2019 – 0114 – 01 DTE: SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ
DDO: COLPENSIONES Y OTRO**

citó normas posteriores a la fecha del traslado, y por lo tanto en no estaba en la obligación Horizonte de brindar la información con esos requisitos, que la ley 100 de 1993 así no lo dice ni los decretos reglamentarios, que con la sentencia se impone obligaciones a Porvenir que solo aparecieron con posterioridad al traslado; que nada se dijo de la calidad de la demandante que es profesional y jueza de la república, que en ninguna de las sentencias dice que tenía que ser un experto en pensiones, y que depende de la formación del afiliado así es la información que requería; que la jurisprudencia de la Corte Suprema dice que debe existir un daño con el acto de afiliación, daño que no se logra probar en este caso; que sobre la carga dinámica de la prueba en estos procesos no existe, conforme el CGP y la jurisprudencia de la Corte Constitucional; que para el año 1996 no existía el deber de dejar consignada la información brindada al afiliado; se dijo que se indujo al error a la demandante, no se dijo a cuál error, siendo que las condiciones están en la ley, que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento; que no quedó claro que es lo que se declara, si es una inexistencia, nulidad o ineficacia en sentido estricto, y que están figuras son combinadas en estas sentencias; que sobre los efectos conforme el art 271 de la ley 100 de 1993, y la Corte Constitucional la nulidad en sentido estricto, tendría que acudir sobre el deber de información pero en aquella no se dice que la omisión en el deber de información trae como consecuencia jurídica la ineficacia en sentido estricto, que art 271 no dice que las cosas tengan que retrotraerse a su estado inicial, entonces porque se le obliga a trasladar los gastos de administración pero no se le obliga a la demandante a restituir los rendimientos financieros; que existe un doble rasero para el proceso; que sobre los gastos de administración en el proceso no quedó probado cual fue la información que se le suministro a la actora para el momento del traslado, que se está presumiendo la mala fe de la entidad o del poseedor, que sobre la prescripción los gastos de administración son emolumentos económicos conforme el art 20 de la ley 100 de 1993, los mismos prescriben como ocurre con las mesadas pensionales, y aquellos no hacen parte de la pensión, que debió declararse la prescripción sobre los mismos.”

COLPENSIONES

“Interpone recurso de apelación; manifestó en síntesis que, el traslado de la afiliada se realizó por su propia decisión y voluntad, plasmado en el formulario de suscripción; que conforme el art 2 de la ley 797 de 2003 establece la libre escogencia de régimen pensional, que por razones financieras el art 1 del decreto 3800 de 2003 limitó el derecho al faltar 10 años al afiliado o menos para alcanzar la edad de pensión salvo los que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho de regresar al régimen de prima media en cualquier momento; que sobre la constitucionalidad de las anteriores restricciones la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-1024 de 2004, entre otras para referirse a la descapitalización del sistema con el traslado ordenado, al no cumplir la demandante con los requisitos legales lo que afectaría el fondo común.

Que en esta caso se vulnera el principio de equidad y eficiencia pensional; que para la fecha en que presentó la reclamación en el año 2019 contaba con 59 años, es decir, tenía el status pensional; que el art 11 del decreto 692 de 1994 establece que la escogencia del régimen pensional implica la aceptación de cada una de las condiciones propias del mismo; que no se puede tener como falta de información, que la AFP no



**Proceso Ordinario Laboral 02 – 2019 – 0114 – 01 DTE: SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ
DDO: COLPENSIONES Y OTRO**

realizó una proyección pensional, porque no son pruebas útiles para demostrar un vicio en el consentimiento para el momento del traslado.

Que con el decreto 2071 de 2015 nació la obligación a las AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales, posterior al traslado de la demandante; que los silencios de Porvenir al momento del traslado no pueden entenderse como falta de información; que la demandante debió conocer las características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales establecidos en los art 59 y siguientes de la ley 100 de 1993, por lo que no puede alegar la ignorancia de la ley; que Colpensiones nada tuvo que ver en el negocio jurídico celebrado entre la actora y Porvenir, tampoco en la decisión de traslado, que Colpensiones no está facultada para recibir a la afiliada, en conclusión no es procedente declarar la nulidad del traslado, ya que la demandante en mas de 15 años no manifestó inconformidad alguna o de trasladarse.

Que en caso de no acceder a lo pretendido en el recurso, se ordene a Porvenir la entrega a Colpensiones de las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, indexados.”

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados por los apoderados de las entidades demandadas, se tiene que lo pretendido por la señora Sara Magnolia Salazar, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito inicialmente con Horizonte, Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., el día 24 de noviembre de 1995, (fl.148) según quedó acreditado en el proceso, y que no fue objeto de discusión.

En este orden y si bien se peticiona la declaratoria de nulidad de traslado, lo cierto es que se alega por falta al deber de información escenario que se estudia a través de la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, la que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó



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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo de éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte



relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar a la de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la demandante se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** inicial al RAIS en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que Horizonte hoy Porvenir S.A., faltó al deber de información, pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del



sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como, la línea jurisprudencial a que se alude ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a la AFP Protección S.A., probar el suministro de dicha información a la demandante.

Es así como en estos casos, en gracia de discusión, no es de resorte de la demandante probar vicio del consentimiento, pues si bien se invocó la acción bajo la figura de la nulidad, lo cierto es que también alegó la omisión en el deber de información por parte de la administradora a la cual se afilió inicialmente (Horizonte, hoy Porvenir S.A.), razón por la cual, este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:



**Proceso Ordinario Laboral 02 – 2019 – 0114 – 01 DTE: SARA MAGNOLIA SALAZAR LANDINEZ
DDO: COLPENSIONES Y OTRO**

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó 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 ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Ahora, el hecho que un afiliado no sea beneficiario del régimen de transición o que no contaba al momento de su afiliación al RAIS con expectativa pensional legítima, ello no es óbice para que ésta acuda a la jurisdicción a efectos de solicitar la ineficacia del traslado de régimen, dado que aceptar tal circunstancia, contravendría el derecho a la igualdad de los afiliados, pues el deber de información bajo estudio, no sólo se predica de grupos de afiliados que cumplan algún requisito, sean beneficiarios del régimen de transición o tengan expectativa pensional alguna, sino de todos los afiliados al sistema pensional; como a su vez lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento de fecha 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

“(iv) Ni la legislación ni la jurisprudencia establecen que se debe contar con una expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información; de modo que procede sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo”.

De tal manera, el estudio de si el traslado de los afiliados al RAIS estuvo precedido del deber de información, en los términos antes señalados, procede para todos los afiliados siendo improcedente estudiar el



cumplimiento de requisitos pensionales al momento de su traslado, quedando probado en el presente caso que dicho deber de información no se cumplió.

Ahora, debe advertirse que, el hecho de accederse al traslado de régimen petitionado, no necesariamente implica la descapitalización del RPM administrado por Colpensiones, puesto que, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones del actor a órdenes de Colpensiones, junto con sus rendimientos y sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración como igualmente lo ha dejado sentado la alta corporación de cierre de esta jurisdicción entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga.

Conforme lo anterior, y en cuanto a la inconformidad sobre la orden de retornar las sumas deducidas por gastos de administración, esta decisión encuentra sustento en la sentencia de la Sala de Casación Laboral SL2329-2021 de 02 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera Diaz.

En este punto, en alcance del recurso formulado, entiende la Sala que el mismo, no se argumenta precisamente en contra de la decisión, sino de manera previsional sobre los conceptos que deben ser retornados a Colpensiones, frente a lo cual se recuerda que el a quo ordenó el traslado de los aportes, junto con los rendimientos que se hubieren causado, lo cual se encuentra en consonancia con el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, y por



tanto, los demás conceptos que solicita deben ser retornados, por un lado, no se soportan los recursos en disposición normativa alguna, y por otro, en caso de existir fundamento legal, lo cierto es que al interior de los recursos no se indica la proporción o montos o periodos en los que debe accederse a lo afirmado, pues se hacen de manera general.

En cuanto al fenómeno extintivo de la prescripción sobre los mentados gastos de administración, debe recordarse que, la reclamación sobre los mismos está ligado de manera accesoria a la solicitud de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, la cual es imprescriptible al existir un nexo de causalidad con el derecho fundamental e irrenunciable a la seguridad social, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral expresó en la sentencia CSJ SL1421-2019, lo siguiente:

(...)

*De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad **con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.***

(...)



Por otro lado, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia**, dispuesta en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las



reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

(AUSENTE CON PERMISO)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado