



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-012-2017-00064-02 Proceso de Fuero Sindical (Acción de Reintegro) de José Elver Vargas Ibarra contra Prosegur de Colombia S.A. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C., la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo previsto por el artículo 117 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 47 de la Ley 712 de 2001, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

A través de apoderado el demandante convocó a la sociedad Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., previa declaración de que el contrato de trabajo que tiene con la demandada es a término indefinido, que al momento del despido se encontraba aforado y que su despido es ilegal por no contar con la autorización de juez del trabajo; se ordene a la demandada a reintegrarlo al cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro de similares o mejores condiciones laborales



y salariales, y se le condene al pago de los salarios y prestaciones dejados de percibir desde el momento del despido.

Pretensiones que tienen sustento, en síntesis, en los siguientes,

HECHOS:

Narra básicamente el accionante que se vinculó laboralmente con la sociedad Thomas Greg & Sons Transportadora de Valores S.A., la cual cambió su nombre al de Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A., desde el 4 de febrero de 2013 hasta el 3 de febrero de 2017, cuando se le negó el ingreso a las instalaciones alegando el vencimiento del término del contrato de trabajo a término fijo.

Indicó que el 16 de febrero de 2016 se afilió al Sindicato Nacional de Trabajadores Sintravalores, organización sindical que suscribió una convención colectiva de trabajo con la hoy demandada en cuya cláusula quinta se estableció que todos los trabajadores que ingresaran a la Compañía Transportadora de Valores Prosegur tendrían un contrato de trabajo a término indefinido.

Indicó que el 11 de julio de 2016 se creó la organización sindical Sintraprosegur y que en la junta directiva de la misma fue elegido miembro en el cargo de suplente y que a pesar de ello, fue despedido el 3 de febrero de 2017 sin la correspondiente autorización del juez del trabajo.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:



La demanda fue admitida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 20 de febrero de 2017¹. Corrido el traslado de ley y practicándose en legal forma la notificación de la organización sindical² y de la demandada³, ésta última dio contestación al libelo en audiencia pública celebrada el 22 de noviembre de 2017 en oposición a las pretensiones, adujo en su defensa que el demandante se encontraba vinculado mediante un contrato de trabajo a término fijo y que no le era aplicable el artículo 5° de la Convención Colectiva de Trabajo; propuso en su defensa las excepciones de inoponibilidad del presunto fuero sindical, improcedencia del reintegro dada la naturaleza contractual, prescripción, compensación y buena fe.

El servidor judicial de primer grado profirió decisión de fondo en la que en amparo de la garantía de fuero sindical condenó a la demandada a reintegrarlo al mismo cargo que venía desempeñando al momento de la terminación del vínculo o a uno de mejores condiciones, junto con el pago de los conceptos derivados de la no solución de continuidad del vínculo laboral.

Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia de un lado que el demandante contaba con la garantía de fuero sindical dada su condición de Suplente de la Junta Directiva de la Organización Sindical Sintraprosegur y que a pesar de que había suscrito pacto colectivo, en virtud de lo establecido en el artículo 70 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015 – 2019 tenía derecho a su aplicación y que en razón a ello, de acuerdo con lo que establece dicho conjunto normativo en su artículo 5°, debía entenderse que su contrato de trabajo era a término indefinido.

¹ Cfr, fls 69

² Cfr fl 88

³ Cfr fl 90



Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

En síntesis, señaló el recurrente, que existió una indebida interpretación del artículo 70 de la Convención Colectiva de Trabajo, así como la documental aportada al proceso.

Aduce en tal sentido que como el demandante se adhirió al pacto colectivo, el que afirma suscribió de forma voluntaria, puesto que se vinculó laboralmente en el año 2013 y aquel data del año 2010, era beneficiario de la parte especial del mismo y que de acuerdo con ello, al tenor de lo dispuesto en el artículo 70 de la Convención Colectiva de Trabajo, únicamente le es aplicable la parte especial del texto convencional.

Acorde con lo anterior, la apelante solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia para que en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de la pretensiones en tanto el contrato de trabajo del demandante es a término fijo, y el mismo finalizó por la expiración del término pactado.

CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo



alguno en la litis, lo cual amerita una sentencia de fondo. Aunado a ello, no se avista la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

De acuerdo con los motivos de inconformidad expuestos por el recurrente el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si le asiste derecho al demandante a su reinstalación al cargo que ostentaba en virtud de la garantía de fuero sindical, para lo cual adicionalmente analizará si en aplicación de la Convención Colectiva de Trabajo, debe entenderse que el contrato existente entre las partes es a término indefinido.

Para resolver lo pertinente, la Sala encuentra que no fue objeto de discusión entre las partes, que el demandante se vinculó laboralmente con la demandada el 4 de febrero de 2013 mediante contrato de trabajo a término fijo, ni que el mismo finalizó por determinación de la demandada ante la expiración del plazo fijo pactado. Aspectos que por demás se corroboran con la documental allegada a folios 124 a 126. Así como también se encuentra acreditado el hecho de que el demandante al momento de la suscripción del contrato de trabajo manifestó su determinación de adherirse al pacto colectivo de trabajo existente, tal como además se corrobora con el documento visible a folio 127 del expediente

En lo que respecta a la condición de aforado que ostentaba el demandante al momento de la finalización del vínculo, corresponde tener en cuenta que a tal conclusión arribó el servidor judicial de primer grado y no fue cuestionada por el recurrente.

El aspecto puntual que constituye el motivo de inconformidad por parte del recurrente lo es la aplicación del artículo 5° de la Convención



Colectiva de Trabajo al demandante, pues a su juicio y contrario a lo que concluyó el servidor judicial de primer grado considera que al tenor de lo dispuesto en el artículo 70 del referido texto extralegal vigente para el periodo 2015 a 2019 al demandante le es aplicable el capítulo especial y que en virtud de ello no es beneficiario del derecho conforme con el cual su contrato de trabajo debe entenderse celebrado a término indefinido.

Para resolver los motivos de inconformidad señalados por el recurrente, corresponde a la Sala remitirse a lo establecido en los artículos 3° y 70 de la Convención Colectiva de Trabajo 2015 – 2019, preceptos que regulan la aplicación de los derechos extralegales en ella consagrados.

El artículo 3° establece:

“La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., dentro del territorio nacional donde [e]sta compañía preste sus servicios sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.

Parágrafo. Circunscripción de Beneficios. La presente Convención Colectiva de Trabajo se aplicará exclusivamente al personal que en la actualidad se encuentre vinculado mediante contrato de trabajo con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., y a aquellas personas que se vinculen mediante contrato de trabajo en el futuro de conformidad con lo establecido en el Capítulo Especial que más adelante se consigna.

Las partes dejan constancia expresa de que los beneficios convencionales que los trabajadores afiliados a Sintravalores tienen al momento de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo no tendrán desmejora alguna (desde el Artículo 1° hasta el artículo



68°), con la entrada en vigencia del Capítulo Especial antes referido, toda vez que dicho capítulo sólo se aplicará a quienes allí se mencionan expresamente, es decir, trabajadores nuevos que ingresen a partir del 15 de octubre de 2015 o que se afilien a la Organización Sindical Sintravalores o se adhieran a la Convención Colectiva de Trabajo a partir de la referida fecha y que vengan del Capítulo Especial del Pacto Colectivo. (...)” Subraya la Sala.

Y el artículo 70 prevé:

“Aplicación Capítulo Especial. Las cláusulas contenidas en el presente capítulo se aplicarán única y exclusivamente a aquellos trabajadores nuevos vinculados mediante contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades con la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., y que ingresen con posterioridad al 15 de octubre de 2015, que tendrán derecho a afiliarse a SINTRAVALORES o adherirse a la convención colectiva de trabajo vigente.

(...)

Parágrafo. En el evento en que los trabajadores vinculados a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., beneficiario[s] del pacto colectivo o del pacto colectivo en su capítulo especial, se afilie a SINTRAVALORES, o se adhiera a la convención colectiva de trabajo, al mismo se le aplicará el mismo régimen que trae, es decir, se beneficiará de la convención colectiva o de la convención colectiva en su capítulo especial.

Es decir, si un trabajador beneficiario del pacto colectivo, se afilia a SINTRAVALORES o se adhiere a la Convención Colectiva, se le aplican los beneficios de la convención. Si un trabajador beneficiario de capítulo especial del pacto colectivo, se afilia a SINTRAVALORES, o se adhiere a la convención colectiva, le será aplicable el capítulo especial de la convención colectiva; y en el caso que un trabajador que al 15 de octubre de 2015 no sea beneficiario del pacto colectivo, del capítulo especial del pacto colectivo, o de la convención colectiva de trabajo y se afilie a SINTRAVALORES o se adhiera a la presente



*convención, le aplicaran los beneficios del capítulo especial de la convención colectiva de trabajo. Finalmente y en caso de aplicación de la convención colectiva por extensión legal, se aplicará en todo caso a los trabajadores no beneficiarios de la convención colectiva o del capítulo especial, por este último capítulo especial.
(...)”*

De acuerdo con los preceptos en mención corresponde a la Sala precisar que en la Convención Colectiva de Trabajo que celebró la sociedad accionada con la Organización Sindical Sintravalores, se estableció un régimen diferenciado de beneficios de acuerdo con la fecha de vinculación del trabajador, la fecha en que se adhiriera a la Convención Colectiva y la aplicación del Pacto Colectivo en su parte especial.

En tal sentido se advierte que se aplica el texto de la Convención Colectiva de Trabajo 2015 a 2019, únicamente a favor de los trabajadores afiliados a Sintravalores al momento de la suscripción de la misma, o aquellos trabajadores beneficiarios del Pacto Colectivo de Trabajo pero no del Capítulo Especial del mismo.

Dando alcance a las anteriores premisas al caso que ocupa la Sala dado que se encuentra establecido que el demandante se adhirió al pacto colectivo de trabajo desde el momento mismo en que se vinculó con la demandada, y de acuerdo con la certificación expedida por la Organización Sindical Sintravalores, se afilió a la misma hasta el 16 de febrero de 2016, esto es, con posterioridad a la suscripción de la referida Convención Colectiva de Trabajo; corresponde establecer si del Pacto Colectivo, el demandante tiene derecho a la aplicación del Capítulo Especial.



Al respecto, se tiene que de conformidad con el artículo 4º y el denominado Capítulo Especial, en la cláusula denominada “NUEVOS TRABAJADORES”, del Pacto Colectivo, el mismo se aplica en primer término al personal de Dirección Confianza y Manejo, así como a quienes se vinculen con posterioridad al 3 de diciembre de 2010.

Bajo tal perspectiva, dado que el demandante se vinculó laboralmente con la demandada el 4 de febrero de 2013, le es aplicable el capítulo especial del Pacto Colectivo y en esa medida, se reitera, como se afilió a la Organización Sindical Sintravalores hasta el año 2016, no tiene derecho a la aplicación del artículo 5º de la Convención Colectiva de Trabajo 2015 – 2019, pues al tenor de los citados artículos 3º y 70 del referido texto extralegal, le es aplicable el Capítulo Especial. De modo que erró el servidor judicial de primer grado al disponer la aplicación del artículo 5º de la Convención Colectiva de Trabajo y concluir que en virtud de la misma la modalidad contractual del accionante era un contrato a término indefinido.

En tal sentido la razón se encuentra de parte del recurrente, pues si las partes estuvieron atadas en virtud de un contrato de trabajo a término fijo que finalizó ante la expiración del plazo fijo pactado, el accionante no es acreedor al derecho al reintegro peticionado, pues el empleador frente a un contrato de trabajo a término fijo, no está obligado a solicitar el permiso judicial para poder prescindir de los servicios personales de su trabajador, en la medida que la expiración del plazo pactado no es una justa causa de terminación del vínculo jurídico que ata a empleador y trabajador sino una de las causas que contempla la Ley para el fenecimiento del contrato, que se encuentra contemplada en el literal c) del artículo 61 del Estatuto Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 5º de la Ley 50 de 1990.



Esta Sala de Decisión ha señalado, que un trabajador aforado tiene toda la protección legal y constitucional que de esa garantía se deriva mientras está vigente su contrato de trabajo, que de haberse pactado a término determinado y por la protección foral, no implica que aquél se convierta en indefinido o no se pueda dar estricta aplicación a una de las formas autorizadas por el legislador para su culminación, en cuanto el empleador no prescinde de los servicios del trabajador por un mal comportamiento o defraudación en la confianza depositada en él en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones sino por estar contemplada en el ordenamiento jurídico una razón objetiva para no continuar con esa forma de vinculación.

Dicho argumento ha sido respaldado con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, explicado en sentencia del 25 de marzo de 2009, radicado No. 34142⁴, en el que adoctrinó:

“(...) Lo anterior no obsta para precisar que, en tratándose de contratos a término fijo, la garantía de estabilidad laboral que se le brinda al trabajador con fuero sindical, no puede extenderse más allá del vencimiento del plazo fijo pactado, pues si lo que prohíbe el legislador es el despido, tal supuesto fáctico no se transgrede, cuando la terminación del contrato se produce por uno de los modos establecidos legalmente, como sucede con el fenecimiento de la relación laboral por cumplirse el plazo que, por consenso, acordaron las partes.

En efecto, todas las garantías que se derivan del fuero sindical, deben ser acatadas y respetadas por los empleadores durante el término de vigencia del contrato, cuando de nexos contractuales por período fijo se trate. De ahí, que no se requiera autorización judicial para dar por terminado un nexo contractual laboral a término fijo, en el evento de ostentar el trabajador la garantía que se deriva del fuero sindical.

En las condiciones que anteceden, el empleador no está obligado a renovar el contrato de trabajo con plazo determinado, respecto de los

⁴ M.P. Dr. Camilo Tarquino Gallego.



trabajadores aforados, cuando previamente y dentro de los términos previstos en la ley, ha informado de su intención de no prorrogarlo, sin que esa circunstancia implique violación alguna al derecho de negociación colectiva, pues la figura de los suplentes en los órganos de dirección de las organizaciones sindicales, tiene como propósito el reemplazo de los titulares ante sus faltas temporales o definitivas. (...)”.

Criterio que también tiene respaldo en pronunciamientos de la Corte Constitucional, entre otras en sentencia T-592 de 2009⁵ donde expresó:

“6.3. Téngase también presente que en relación con la aplicación de la garantía del fuero sindical a los contratos de trabajo a término fijo, en Sentencia T-1334 de 2001 esta Corporación precisó:

‘Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibídem se ocupan de señalar cuando existe justa causa para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación judicial previa, vr. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor’.

En los mismos términos, en la Sentencia T-116 de 2009, antes mencionada, la Corte señaló:

‘En relación con la inaplicación de la garantía del fuero sindical a los contratos de trabajo a término fijo, no sobra advertir que el Tribunal en las sentencias impugnadas hizo expresa mención a la jurisprudencia sobre la materia, en particular a la de tutela de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según la cual esa apreciación ‘es de índole jurídica y además se aviene con la jurisprudencia de esta Sala, al considerar de vieja data que el reintegro en los contratos a término fijo no es posible, ya que éstos por ministerio de la ley pueden darse por terminados por parte del empleador al fenecer el respectivo período con el lleno de las formalidades de ley’.

Posteriormente, en la Sentencia T-162 de 2009, en un caso similar al ahora analizado, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional reiteró el anterior criterio en los siguientes términos:

⁵ M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.



‘De otro lado, cabe señalar que si bien en la sentencia T-326 de 2002, se sostuvo que no tramitar previamente una autorización judicial para despedir al trabajador aforado es una omisión que genera una vulneración al debido proceso y a los derechos de asociación, libertad y fuero sindical, se hizo una salvedad a dicha prohibición en relación con los contratos a término fijo, cuando reiterando lo afirmado anteriormente en la sentencia T-1334 de 2001, se dijo: “Para el caso de los trabajadores vinculados por contrato de trabajo, los artículos 410 y 411 ibídem se ocupan de señalar cuándo existe justa causa para que el juez autorice el despido de un trabajador amparado por el fuero y en qué eventos expresamente puede despedirse al trabajador cobijado por el fuero sindical sin que sea necesaria la calificación judicial previa, vr. gr., cuando el contrato es a término fijo o para la realización de determinada labor.” (negrilla y subrayado adicionado)’.

Queda así claro que la jurisprudencia precitada sostiene que, cuando el contrato laboral a término fijo celebrado con trabajador aforado concluye por vencimiento del plazo, no es necesaria la calificación judicial previa. (...)”.

Acorde con lo anterior, cuando se acredita que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo, la garantía foral que tenía el trabajador para no ser despedido ni trasladado o desmejorado en sus condiciones laborales, sólo tiene vigencia en el tiempo en el cual permanece activo el plazo pactado con sus debidas prórrogas, pues una vez llegado el momento de su finalización, el empleador puede hacer uso legítimo de aquél informando con el plazo legalmente requerido al trabajador aforado, que no es su deseo mantener la relación jurídica así convenida, sin que para ello sea necesario el permiso judicial respectivo.

En este punto interesa señalar que cuando el empleador decide no prorrogar el contrato de trabajo a plazo determinado respecto de los trabajadores aforados, por ser una facultad legal, en términos generales no limita la acción del sindicato, pues los suplentes del órgano de dirección vendrán a reemplazar a los principales, o si salen quienes se encuentran como suplentes, precisamente serán los principales quienes se



encargarán de ejercer su labor para convocar a una asamblea en la que se elegirán los reemplazos de los miembros retirados, y de esa manera, continuar con el normal desarrollo del objeto social de la organización sindical.

Los argumentos expuestos, considera la Sala, resultan suficientes para revocar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado y en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones. Ante la prosperidad del recurso no se impondrá condena en costas en esta instancia, las de primer grado se encuentran a cargo de la parte actora.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **COSTAS.** Sin costas en esta instancia, las de primer grado a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-012-2017-00064-02 Proceso de Fuero Sindical (Acción de Reintegro) de José Elver Vargas Ibarra contra Prosegur S.A. (Fallo de Segunda Instancia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11001-31-05 027 2020 00479 01. Proceso Ordinario
Edith Torres Vera contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada con Porvenir S.A. el 16 de junio 1997 ante la omisión del deber de información; se condene a esta última a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de su vinculación, así como al pago de los perjuicios morales, y se condene a Colpensiones a recibirla como afiliada, junto con los valores provenientes del régimen de ahorro individual y contabilizar las semanas cotizadas en dicho régimen.



En subsidio de la pretensión declarativa de nulidad, solicita se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad el 16 de junio de 1997; así mismo solicita se declare que es beneficiaria de la pensión de vejez que establece el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 13 de julio de 1961 y que estuvo afiliada al régimen de prima media con prestación definida hasta el mes junio de 1997.

Indicó que estando afiliada al régimen de prima media con prestación definida y sin que mediara autorización o consentimiento informado fue trasladada a Porvenir S.A., fondo perteneciente al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Afirmó que al momento del traslado no fue asesorada por parte de la AFP Porvenir S.A. de manera 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 ahorro individual, así como los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de dicho régimen de pensiones.

Refirió en el mismo sentido que al momento del traslado la AFP Porvenir S.A. no le informó cuanto debía ser el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para adquirir el derecho a una pensión y con que monto, ni que para su determinación se tiene en cuenta la expectativa de vida conjunta tanto del afiliado como de sus beneficiarios; entre otros aspectos.



Señaló que solicitó tanto a Porvenir S.A. como a Colpensiones su traslado al régimen de prima media con prestación definida, siendo ello negado por una y otra entidad.

Una vez notificadas las demandadas dieron contestaron la demanda en oposición a todas y cada una de las pretensiones. Colpensiones adujo en esencia las documentales aportadas se encuentran sujetas a derecho, que en la solicitudes presentadas no advierte nota de protesto o anotaciones que permitan inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante y que no obra prueba de que efectivamente se le hubiere hecho incurrir en error. Propuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción labora, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Por su parte la AFP Porvenir S.A. sostuvo que cumplió con el deber de información que le era oponible al momento en que se dio el traslado de régimen pensional a través de una asesoría veraz clara y oportuna, y que no se aporta prueba de que la voluntad de la demandante de seleccionar régimen pensional se haya visto coartada. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, corbo de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., demandada a la que condenó a devolver a Colpensiones a la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual de la demandante que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual con solidaridad, sin descontar valor alguno cuotas de administración, comisiones aportes al fondo de garantía de pensión



mínima y condenó a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 1° de marzo de 2020.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

El apoderado de Colpensiones solicita se revoque la sentencia recurrida y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, o en su defecto se condicione el cumplimiento de las condenas que le fueron impuestas, a la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y que adicionalmente se revise la causación del derecho pensional.

Aduce al efecto en primer término que para el momento en que la demandante elevó la solicitud de traslado, ya se encontraba inmersa en la prohibición legal que establece el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Así mismo sostiene que no obra prueba dentro del expediente acerca de la existencia de alguno de los vicios en el consentimiento que establece el artículo 1746 del Código Civil; y que en todo caso se está en presencia de una ratificación expresa o tácita, en la medida que desde la celebración del contrato hasta la presentación de la demanda la accionante consintió en que se le realizaran los descuentos correspondientes.

Agrega en el mismo sentido que el deber de información a que alude la Corte Suprema de Justicia frente al deber de información se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, y que antes de su expedición



no se exigía documento diferente al formulario de afiliación, motivo por el que los fondos privados tan solo contaban con el consentimiento vertido en el mismo para acreditar el consentimiento libre, voluntario, informado y sin presiones respecto del traslado de régimen. De manera que imponer cargas adicionales a las previstas en la ley quebranta la seguridad jurídica.

Por su parte la apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, para lo cual sostiene en primer término que para el año 1997, cuando se produjo el traslado, no existía la obligación legal de brindar información a los afiliados con ventajas y desventajas en parangón entre los regímenes pensionales, pues la norma que regulaba el traslado era el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y al efecto únicamente preveía que la afiliación debía ser libre y voluntaria

Sostiene que el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 no hace alusión a la existencia de un consentimiento informado para el momento del traslado, ni estableció la ineficacia del traslado por fallas en la información, pues únicamente estableció una sanción para quien atente contra el derecho de afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social; y que entender que la deficiencia en la información equivale a impedir el derecho de afiliación o selección, constituye una hermenéutica equivocada que no corresponde con las reglas de interpretación de las normas aplicables a nuestro ordenamiento jurídico, pues lo que se sanciona es una actuación positiva y no una omisión.

Agrega que de acuerdo con el interrogatorio de parte la razón por la que se pretende el traslado, más allá de las deficiencias en la información, es netamente económica; y que no se puede permitir que los afiliados a su conveniencia acudan a la jurisdicción para acceder a la pensión que le resulta más beneficiosa en términos económicos.



Sostiene que en estos casos la carga de la prueba no se debe imponer a las demandadas, y que la parte demandante debe acreditar los supuestos fácticos en que funda su petición, situación que a su juicio en el presente caso no se encuentra acreditado.

En forma subsidiaria solicita se revoque la condena relativa al traslado a Colpensiones de las cuotas de administración, comisiones y aporte al fondo de garantía de pensión mínima, pues ello no corresponde con los efectos de la ineficacia, con mayor razón cuando se está ordenando el traslado de los rendimientos financieros, los que afirma nunca van a ser equivalentes a los que se generan en Colpensiones.

Añade en el mismo sentido que tales devoluciones no corresponden a las prestaciones mutuas, que dichos descuentos se efectúan en uno y otro régimen de pensiones y que en todo caso Colpensiones no va a efectuar una administración retroactiva de los recursos.

Finalmente indica frente a la devolución de tales conceptos opera el fenómeno de la prescripción, en tanto que se trata de obligación de tracto sucesivo que no están directamente relacionadas con el derecho pensional.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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



CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y de ser así, si es procedente reconocimiento de la pensión de vejez por parte de esta última entidad.

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

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

Y es que contrario a lo que plantean los recurrentes, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico

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

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

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



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

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

Es importante recordar que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida; de manera que no resulta de recibo el planteamiento que efectúa la apoderada de la AFP Porvenir S.A.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A.. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa, comprensible y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, así como los



beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, resalta en tal sentido la Sala que aun cuando este precepto nada indica en relación con el deber de información, no es menos cierto que, contrario a lo que plantea la apoderada de la AFP Porvenir en la alzada, el incumplimiento de este deber sí constituye un acto que atenta contra el derecho a la afiliación y selección de régimen pensional.

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se



explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante continúa afiliado a la AFP Porvenir S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que la administradora de fondos privados conserve las sumas que descontó por concepto de gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera, impide a la AFP Porvenir S.A. retener el valor de los gastos de administración.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, pues aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, lo cierto es que la



obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

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

Ahora bien, en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez conforme lo establecido en el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, mediante el cual se modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, los requisitos para su reconocimiento a partir del 1° de enero de 2014 para el caso de las mujeres son: el cumplimiento de los 57 años de edad y la acreditación de 1.300 semanas de cotizaciones, requisitos que se encuentran acreditados dentro del plenario.

Lo anterior en cuanto de acuerdo con la copia de la cédula de ciudadanía, la demandante nació el 13 de julio de 1961, de manera que cumplió la edad mínima de pensión el mismo mes y día del año 2018; y, conforme con la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. se tiene que para el 12 de diciembre de dicha anualidad contaba con 1.384 semanas de cotización, razón por la que ningún reproche merece a la Sala la determinación relativa al reconocimiento de la prestación de vejez a favor de la demandante de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

En lo que respecta al disfrute del derecho pensional, tampoco merece a la Sala reproche alguno la decisión de primera instancia, en tanto que de



acuerdo con la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A. expedido el 23 de marzo de 2021, el último ciclo en que se efectuaron aportes corresponde al del mes de febrero de 2020, motivo por el que ningún reparo la determinación relativa a ordenar el reconocimiento del derecho pensional a partir del 1° de marzo de 2020.

Ahora en lo que respecta a la solicitud relativa a supeditar el cumplimiento de las condenas impuestas en contra de Colpensiones al traslado efectivo de los recursos del régimen de ahorro individual, considera la Sala en forma mayoritaria que ello no es procedente, en la medida que apareja trasladar al afiliado cargas administrativas que se encuentra a cargo de las diferentes administradoras y que no le es dado soportar de cara al disfrute de su derecho pensional.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.— **ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 027 2020 00479 01. Proceso Ordinario Edith Torres contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

derecho pensional a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo voto parcial*

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 036 2021 00008 01. Proceso Ordinario Elda Francy Vargas Bernal contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Protección S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad en Porvenir S.A. el 13 de febrero de 2006 y que como consecuencia de ello mantuvo su afiliación al régimen de prima media con prestación definida; se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de su



afiliación junto con los rendimientos que se hubieran causado y los gastos de administración, y se ordene a Colpensiones reactivar su afiliación actualizando y corrigiendo su historia laboral una vez reciba los dineros de Porvenir S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 12 de marzo de 1968 y que desde enero de 1995 efectuó aportes en pensiones a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia hasta el momento en que fue sustituido por Colpensiones.

Señaló que en el mes de febrero de 2006 un ejecutivo de cuenta de la AFP Porvenir S.A. le indicó que podía pensionarse a la edad que quisiera o solicitar la devolución de saldos incluyendo el bono pensional; y que además le aseguró que obtendría una pensión del 50% superior a la que recibiría en el ISS, entidad que le aseguró sería liquidada y que solo los fondos de pensiones privados atenderían las reclamaciones pensionales.

Afirmó que de buena fe confió en la información suministrada y las ofertas prometidas, y el 13 de febrero de 2006 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad representado por Porvenir S.A.

Agregó que el 9 de diciembre de 2020 por solicitud suya, Porvenir S.A. emitió simulación de la pensión a los 60 años de edad de \$1'816.200,00, al cabo en Colpensiones en el peor de los casos el monto de dicho derecho ascendería a los \$7'000.000,00, sin tener en cuenta las semanas de cotización adicionales a las 1.300.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente. Colpensiones indicó en esencia que si bien desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado de la demandante, también lo es



que de acuerdo con el formulario de afiliación aportado la demandante aceptó las características, beneficios y condiciones que ofrece el referido régimen de pensiones. Propuso en su defensa las excepciones de responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, entre otras.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad que se hizo afectivo a través de la AFP Porvenir S.A. el 1° de abril de 2006; demandada a la que ordenó trasladar a Colpensiones los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales; así como lo recaudado por gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía y comisiones en forma indexada. Y a Colpensiones ordenó la imputación de tales sumas en la historia laboral de la demandante una vez las reciba.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.



FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones, para lo cual aduce en primer término que no se acreditó en debida forma los supuestos legales para que se declare la ineficacia o nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad en el año 2006; y que por esa razón el traslado es válido y produce plenos efectos jurídicos.

Solicita se tenga que la demandante no alegó la presunta nulidad dentro de término indicado en el artículo 1750 del Código Civil; que no se evidencia error o dolo, y que si existiera un error éste sería sobre un punto de derecho, el cual no vicia el consentimiento; y, que la declaratoria de nulidad desconocería la prohibición temporal que prohíbe la afiliación cuando a la persona le faltan menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Señala que su representada siempre desconoció la fecha a partir del cual la demandante se afilió al Instituto de Seguros Sociales y hasta que fecha efectuó cotizaciones al régimen público, y que en tal sentido es ilógico que se le condene a recibir los aportes de alguien que nunca estuvo afiliada si lo que se pretende con el presente proceso es devolver las cosas a su estado inicial.

Sostiene que la demandante no puede pertenecer al régimen de prima media por capricho en tanto que no cumple con los requisitos establecidos para que pueda retornar a éste de acuerdo con lo sentado por la Corte Constitucional en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013

Agrega que la permanencia de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad constituye un acto de relacionamiento que ratifica



su voluntad de permanecer al mismo de acuerdo con lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 3752 de 2020; que además esta incumplió los deberes que como consumidora financiera le impone el Decreto 2241 de 2010 de informarse sobre el sistema general de pensiones; y que no puede ser considerada una afiliada lego en la medida que es una profesional del derecho.

De otra parte, solicita se absuelva a su representada del pago de las costas del proceso dado que actuó de buena fe y ser un tercero llamado al proceso que no tuvo injerencia o fue parte en la vinculación que existe entre la demandante y Porvenir S.A.

Por su parte el apoderado de la AFP Porvenir S.A. solicita igualmente se revoque la sentencia de primera instancia, para que en su lugar se absuelva a su representada de todas las pretensiones de la demanda.

Sostiene al efecto en síntesis que si bien existe el deber de información el mismo fue cumplido en forma verbal brindando una información completa y comprensible al momento de realizársele el traslado de régimen pensional y que en constancia de ello se suscribió el formulario de afiliación por parte de la demandante; y que existe es

Aduce de otra parte que la demandante no era un afiliado lego como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia en estos casos, pues para el momento del traslado era abogada y en razón a ello conocía las características de uno y otro régimen, así como las implicaciones de su traslado de régimen pensional.

Respecto en este caso en específico señores magistrados llama poderosamente la atención que la demandante tiene la característica de ser abogada y haber estado trabajando para la Universidad Nacional en el



momento en que se realizó el traslado del régimen pensional y característica de esta que le permitía a la demandante, la señora Francy conocer las implicaciones primero de su traslado de régimen pensional, conocer y tener información respecto de 1 y otro régimen pensional toda vez que era de su competencia conocer las características de la ley 100/1993 por lo que no es la demandante un afiliado lego como nos lo ha manifestado reiteradas veces la Corte Suprema de Justicia

De otra parte sostiene que los gastos de administración, seguro previsionales y demás emolumentos distintos a cotizaciones y rendimientos, no deben ser devueltos en tanto que no le pertenecen al afiliado y no se encuentran llamados a financiar la prestación de vejez.

Agrega en el mismo sentido que de acuerdo con el concepto emitido pro la Superintendencia Financiera el 15 de enero de 2020 en los casos de ineficacia de traslado los únicos valores que se deben retornar con destino a Colpensiones son las cotizaciones y rendimientos; más no así los gastos de administración y suma diferente a aquellas, las que aduce en todo caso se encuentran prescritas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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



CONSIDERACIONES

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

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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado.

Y es que contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de

solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

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

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



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

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

En este mismo sentido, es importante advertir que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, así como los beneficios que ofrece el régimen



que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que se precisa, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Se precisa en este punto, que no es de recibo el argumento que plantea la apoderada de la demandada Colpensiones relativa a la ratificación de la afiliación de la demandante por el solo hecho de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues tal como lo ha enseñado la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencias SL5686-2021, SL5688-2021 y SL1055-2022, el acto jurídico ineficaz no puede sanearse como la nulidad. Y la condición de abogada de la demandante no libera a la accionada de brindarle el deber de información.

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

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Porvenir S.A. Pensiones y Cesantías, y aun cuando para el momento en que la accionante se trasladó se encontraba afiliada a la Universidad Nacional ello no es óbice para disponer su vinculación a COLPENSIONES, pues conforme lo prevé el propio artículo 271 de la Ley 100 de 1993, *“La afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del*



trabajador.”; luego ha de entenderse que la afiliación a Colpensiones se produce en el marco de tal facultad.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante a la fecha se encuentra afiliada a la AFP Protección S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Colfondos S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se adicionará en este último aspecto la sentencia de primer grado.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la*



restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social” lo que de contera, impide a las administradoras del régimen de ahorro individual demandadas retener el valor de los gastos de administración, y permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

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

Ahora en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual de la demandante y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su



intervención se hace necesaria en la medida que es la accionante quien solicita su vinculación a la misma con ocasión a la anterior declaración; a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., razón por la que se revocará la determinación que sobre el particular acogió la servidora judicial de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia, las de primer grado a cargo de la demandada Porvenir S.A.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

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

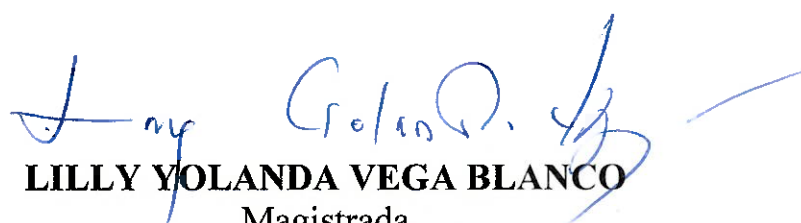
SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.



TERCERO.- COSTAS en primera instancia exclusivamente a cargo de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Sehe uede pencial*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá D.C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación Nº 11-001-31-05-020-2019-00557-01. Proceso Ordinario de Yaneth Gutiérrez Ramírez contra la Empresa de Licores de Cundinamarca (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recursos de apelación interpuestos por el apoderado de la parte demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, el 31 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa por la suma de \$113.704.608, contemplada en el capítulo IV, artículo 18 literal d) de la Convención Colectiva de Trabajo, por haber prestado sus servicios por espacio de 22 años y 6 meses y las costas del proceso.



Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 11 de diciembre de 1995, laborando hasta el 11 de junio de 2018; que en el contrato de trabajo se pactó que solo eran justas causas para terminar el contrato de trabajo, las contenidas en artículo 15 del capítulo IV de la Convención Colectiva de Trabajo; que el último cargo desempeñado fue el de técnico código 305, grado 09, devengando la suma de \$3.687.717; que el 11 de junio de 2018 la demandada dio por terminado el contrato de trabajo de forma unilateral, aduciendo el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, pasando por alto las normas establecidas en el contrato de trabajo y en la Convención Colectiva de Trabajo.

El *aquo* declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes por el período comprendido entre el 11 de diciembre de 1995 y el 11 de junio de 2018, que fue terminado sin justa causa por la empleadora y como consecuencia de ello, condenó al pago de la indemnización por despido contemplada en el capítulo IV, artículo 18, literal d) de la Convención Colectiva de Trabajo, que debería ser calculada en el trámite administrativo, ante la falta de certeza respecto del salario realmente devengado por la ex trabajadora. Para llegar a tal conclusión, indicó el fallador que si bien la terminación del vínculo obedeció a una causal legal, que no es otra que el cumplimiento del plazo presuntivo, también lo era, que la terminación no obedeció de forma alguna a una justa causa, bajo las causales contempladas en la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que era procedente la concesión de la indemnización establecida en el Acuerdo Colectivo.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia proferida y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo



anterior, por cuanto el juez de primer grado se equivocó al confundir los modos legales de terminación, con las justas causas de finalización del contrato de trabajo, ya que los enunciados de primera, encuentran su fundamento legal en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, siendo los modos de terminación el género y las justas causas la especie, siendo que para las justas causas conforme con el contrato de trabajo y la Convención Colectiva de Trabajo, interfiere la voluntad de las partes, no obstante, frente a los modos, opera la voluntad del legislador. Adujo, que frente a los modos legales de terminación no interviene la voluntad de las partes, el cumplimiento o incumplimiento de obligaciones o la existencia de un proceso disciplinario, para lo cual hizo referencia a las sentencias que motivaron sus fundamentos de defensa.

Finalmente, refirió que incluso para no aplicarse el plazo presuntivo, es necesario que conforme lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se indique de forma expresa ya sea en el contrato de trabajo o en la Convención Colectiva de Trabajo la no aplicación del plazo presuntivo o del artículo 45 del Decreto 2127 y no tenerlo simplemente, bajo el supuesto que el contrato no puede finalizar sino por justa causa.

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

CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia lo atinente con la existencia de la relación laboral, los extremos temporales de la misma, así como, la calidad de trabajadora oficial que ostentó la señora Yaneth Gutiérrez Ramírez, el problema jurídico a resolver en esta



instancia se circunscribe en determinar si es o no procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa causa o si por el contrario, la terminación del contrato de trabajo devino de la expiración del plazo presuntivo.

Para resolver el objeto del litigio, debemos partir del contrato de trabajo suscrito entre las partes y que fuere aportado por las mismas tanto en la demanda, como en su contestación, pactando en la cláusula sexta:

“SEXTA: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato, por parte de LA EMPRESA, las consagradas en el ARTÍCULO 15, CAPÍTULO IV de la CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO de 1995-1997, y por parte del TRABAJADOR (A), las establecidas en la ley. (...)”.

Atendiendo la cláusula anterior, para la finalización del contrato de trabajo, debe mediar una de las justas causas consagradas en la Convención Colectiva de Trabajo, por lo que se debe hacer referencia a lo consagrado en el artículo 15 del Capítulo IV de dicho acuerdo colectivo, en el que se estipuló:

“Artículo 15. Terminación del Contrato de Trabajo por justa causa: Son justas causas por parte de la Empresa para dar por terminado el Contrato de Trabajo con sus funcionarios:

- a) El haber sufrido engaño por parte del trabajador mediante presentación de certificados falsos para su admisión o tendientes a obtener un provecho indebido.*
- b) Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el patrono, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo.*
- c) Todo acto grave de violencia, injuria o malos tratamientos en que incurra el trabajador fuera del servicio en contra del patrono, los miembros de su familia o de sus representantes o socios, jefes, vigilantes o celadores.*



- d) *Todo daño moral causado intencionalmente en los edificios, obras, maquinarias y materias primas, y demás objetos relacionados con el trabajo y toda grave negligencia que ponga en peligro la seguridad de las personas o de las cosas.*
- e) *Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller establecimiento o lugar de trabajo en el desempeño de sus labores.*
- f) *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo.*
- g) *La detención preventiva del trabajador por más de 30 días a menos que posteriormente sea absuelto o el arresto correccional que exceda de 8 días o aún por un tiempo menor, cuando la causa de la sanción sea suficiente por si misma para justificar la extinción del contrato.*
- h) *La sistemática inexecución, sin razones válidas por parte del trabajador de las obligaciones convencionales o legales.*
- i) *El trabajador que revele los secretos técnicos o comerciales o dé a conocer asuntos de carácter reservado con perjuicio de la empresa.*
- j) *El deficiente rendimientos en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento de la Empresa.*
- k) *Todo vicio del trabajador que perturbe la disciplina de la Empresa.*
- l) *La renuncia sistemática del trabajador a aceptar las medidas preventivas profilácticas o curativas prescritas por el médico de la Empresa o por las autoridades para evitar enfermedades o accidentes.*
- m) *La enfermedad contagiosa o crónica del trabajador que no tenga el carácter de profesional, así como cualquier otra enfermedad o lesión que lo incapacite para el trabajo, cuya curación no haya sido posible durante 180 días. El despido por esta causa no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso y no exime a la Empresa de las prestaciones e indemnizaciones legales o convencionales derivadas de la enfermedad.*
- n) *El reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o de invalidez estando al servicio de la misma.*
- o) *La ineptitud del trabajador para realizar las labores encomendadas. (...)”.*

Así las cosas, se advierte que no es posible la finalización del contrato de trabajo si de forma previa no se encuentra acreditada una de las justas



causas, por lo que en principio se podría indicar que en efecto sería procedente el reconocimiento de la indemnización deprecada, no obstante, es necesario remitirnos a la carta de finalización del vínculo laboral, en la que se manifestó:

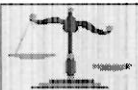
“Ref. Terminación del Contrato de Trabajo

Cordial Saludo.

De Conformidad con el asunto de la referencia, me permito informarle que la Empresa de Licores de Cundinamarca da por terminado su contrato de trabajo por expiración del plazo presuntivo, con base en el literal a) del artículo 47 del decreto 2127 de 1945 el once (11) de junio de 2018, siendo este su último día laborado; en consecuencia a partir de doce (12) de junio de esta anualidad ya no hace parte de la Empresa. (...)”.

Así las cosas, la motivación dada en la carta de terminación del contrato de trabajo no devino por el incumplimiento de las obligaciones que fueron contratadas con la señora Gutiérrez Ramírez, sino bajo el sustento de la finalización del plazo presuntivo, al tratarse de un contrato de trabajo a término indefinido, consagrado en el literal a) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, que establece la terminación del contrato por la expiración del plazo pactado o presuntivo y que encuentra su sustento en el artículo 43 de la misma normatividad, que establece que cuando el contrato es a término indefinido o sin fijación del término, se entenderá prorrogado por período iguales, esto es de seis en seis meses.

Bajo la anterior normatividad no sería procedente el reconocimiento y pago de la indemnización por despido, como quiera que el finiquito del contrato de trabajo no se originó producto de una justa o injusta causa, sino por la expiración del plazo pactado, no obstante lo anterior, las partes de común acuerdo en el contrato de trabajo o en la Convención Colectiva de Trabajo



pueden excluir de forma expresa la aplicación automática del plazo presuntivo o incluso, si el empleador termina el proceso de forma anticipada al vencimiento del plazo presuntivo, es procedente la concesión de la indemnización respectiva, tal como lo dejó sentado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicado No. 86427 del 26 de julio de 2022, M.P. Dr. Martín Emilio Beltrán Quintero, en la que indicó:

“Es de precisar, que el plazo presuntivo se presenta cuando el contrato celebrado por tiempo indefinido se entiende prorrogado en las mismas condiciones, por períodos iguales, es decir, de 6 en 6 meses, y si el empleador lo da por concluido antes de ese período, el trabajador tendría derecho al reconocimiento y pago de los salarios por el tiempo que faltare para cumplirse los 6 meses (CSJ SL3164-2019).”.

Así las cosas, lo primero que se debe advertir es que dentro del plenario no se advierte cláusula alguna ni en el contrato de trabajo, ni en la Convención Colectiva de Trabajo, en la que se limitara la aplicación del artículo 43 y 47 del Decreto 2127 de 1945, o que se adujera de forma directa al plazo presuntivo, ya que si bien, en el Acuerdo Colectivo se estableció una estabilidad para los trabajadores de la Empresa de Licores de Cundinamarca, la misma se enmarcó frente a la imposibilidad de terminar el vínculo laboral por causales diferentes a las contenidas en el Capítulo IV, artículo 15, más no, no se trató lo concerniente al plazo presuntivo, que no se convierte en una justa causa para el finiquito contractual, sino que opera de forma automática por el vencimiento del plazo pactado.

En ese orden de ideas, se advierte que la parte demandada tuvo en cuenta el plazo presuntivo, pues finalizó el vínculo laboral a partir del 11 de junio de 2018, teniendo en cuenta que el contrato se suscribió el 11 de diciembre de



1995, por lo que no es procedente el reconocimiento de la indemnización convencional reclamada.

La anterior postura, fue reiterada por la Máxima Corporación de cierre de la jurisdicción laboral en sentencia con radicado No. 82192 del 8 de septiembre de 2021, M.P. Dr. Donald José Dix Ponnefz, en la que se indicó:

“No hay lugar al reconocimiento y pago de esta pretensión, en tanto operó el plazo presuntivo previsto en el art. 47 del Decreto 2127 de 1945, ya que la fecha en que se finiquitó el vínculo contractual, coincide con la finalización del plazo presuntivo, esto es, el 16 de julio de 2015.”.

De acuerdo con lo anterior, no queda situación distinta a revocar la decisión proferida y en su lugar, se absolverá de las súplicas elevadas en contra de la demandada.

Hasta acá el análisis de la Sala. Costas de primer grado a cargo de la parte demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

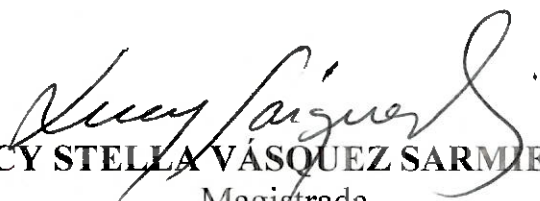
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

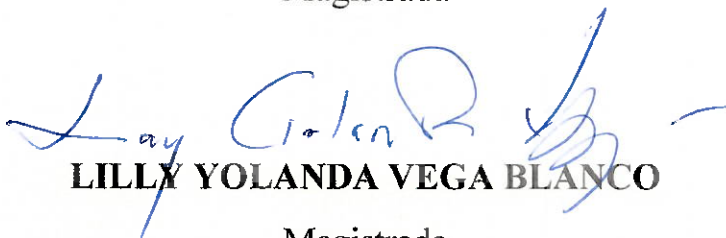
RESUELVE:

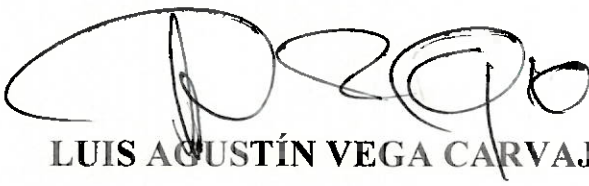
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 31 de agosto de 2020 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar,



ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia y las de primera estarán a cargo de la demandante. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-036-2019-00473-01. Proceso Ordinario de Brigitte Elizabeth Mayorga Jaimes contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 29 de marzo de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la Porvenir S.A., así como el traslado horizontal efectuado a Colfondos S.A. y como consecuencia de lo anterior, se ordene trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos



financieros y gastos administrativos, ordenando a la última entidad a recibirla como afiliada en el RPM y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que cuenta con 58 años al momento de radicar la demanda y se afilió al ISS el 24 de enero de 1985; que fue abordada en el mes de junio de 1996 por un asesor de Porvenir S.A., quien le informó que obtendría una mesada pensional más favorable y en menor tiempo, no obstante, no le brindó la información, clara, completa y comprensible para realizar el traslado, no obstante, se afilió al mismo a partir del 1° de agosto de 1996; que se trasladó a Colfondos S.A. en el mes de octubre de 1997, donde se encuentra afiliada y ha cotizado 907 semanas hasta el mes de julio de 2018; que no le fue informado que podía trasladarse hasta antes de tener menos de 10 años para adquirir la edad de pensión; que ha cotizado un total de 1514 semanas en el Sistema General de Pensiones; que el actor durante los últimos 10 años, ha realizado aportes con un IBC superior a 11 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por lo que la mesada pensional sería superior en el RPM, respecto de la que podría recibir en el RAIS; que mediante comunicaciones emitidas por Porvenir S.A. y Colfondos S.A. de fechas 21 de enero de 2019 y 25 de octubre de 2018, se informó que no contaban con soportes de la información brindada al momento de la afiliación; que elevó solicitud de traslado ante Colpensiones el 18 de octubre de 2018, la que fue negada en la misma data.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 1° de agosto de 1996 y ordenó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, así como los gastos de administración y seguros previsionales, así como a trasladar por parte de



Porvenir S.A. los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, durante el término que estuvo afiliada y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, actualizando la historia laboral, absolviendo de los demás pedimentos elevados a las encartadas. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La encartada Colpensiones solicitó se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a la encartada de las suplicas de la demanda, teniendo en cuenta que no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados por la demandante y las AFP, los que tienen efectos inter-partes por lo que no puede ser favorecida ni perjudicada Colpensiones, en el entendido que nada tuvo que ver con la celebración inicial del traslado al RAIS, por lo que no se puede imponer condena de recibir a la actora como afiliada al RPM, así como, que con la decisión se afecta el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, de conformidad con lo establecido en el artículo 48 de la Constitución Política y el A.L. 01 de 2005, pues con las condenas impartidas se afecta la reserva pensional. Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta la prohibición de que trata el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y si se llegare a confirmar la decisión, se solicita se condene a las administradoras de pensiones privadas, a



que paguen los perjuicios económicos que genera la declaratoria de ineficacia, conforme con la teoría del daño extraída del derecho civil. Finalmente, refirió que se debe absolver de las costas impuestas, como quiera que es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la demandante y las AFP.

La demandada Porvenir S.A. solicitó se revoque el fallo proferido en el entendido que teniendo en cuenta que se habla de una nulidad establecida por faltar al deber de información que se le atribuye a la AFP al momento del traslado, sin embargo se encuentra probado mediante el interrogatorio de parte, así como de los documentales presentadas en la contestación de la demanda, que Porvenir cumplió con el deber de información que se le atribuía a través de la normatividad vigente, como es la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y el Decreto 656 de 1997 y en la sentencia se utilizan como argumentos, que se faltó al deber de información establecido en los Decretos 2241 del 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 3071 de 2015, sin embargo dicha normatividad no se encontraba vigente a la afiliación de la demandante, aunado, con que no existe fundamento legal que establezca que la carga de la prueba se invierte y que corresponde a la AFP cumplir con el deber de información, máxime si tenemos en cuenta que en el interrogatorio de parte la parte demandante manifiesta que sabía los aspectos decisivos del funcionamiento del RAIS, así como, la existencia de cuenta de ahorro individual, rendimientos, al igual que cuando le preguntó la aquo si sabía lo que pasaba al momento de su muerte, indicó que no, pero luego manifestó que sí sabía sobre los beneficiarios y cuál era el fin de mencionarlos en el formulario de afiliación. En igual sentido, reseñó que existe el deber constitucional por parte de la demandante de conocer las leyes establecidas por el ordenamiento jurídico, en especial en materia de pensiones, como es la ley 100 de 1993. Frente a los gastos de administración, señaló que el artículo 113 de la ley 100 de 1993, establece cuales son los recursos que son susceptibles de ser trasladados, y son los encaminados al reconocimiento



pensional, excluyendo los gastos de administración puesto que no afectan o influyen en el reconocimiento de la prestación, aunado, con que constituyen como una retribución por el excelente manejo de los aportes durante su afiliación a Porvenir y en todo caso, la obligación ya se encuentra prescrita según los términos del artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., por cuanto se generaron en el año 1996, habiendo transcurrido más de 20 años de su causación.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

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

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

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

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

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

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

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

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a



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

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

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto

conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)”.

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



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

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

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

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó



que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

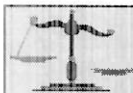
Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como el traslado horizontal realizado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.



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

Ahora bien, frente al argumento de la afectación al principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen



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

Así mismo, es necesario reiterar que no es cierto el argumento que expone la administradora privada de pensiones, en el sentido que fue con el paso del tiempo que se exigió a dichas administradoras otorgar la debida información a sus afiliados, pues tal precepto se encuentra establecido desde el Estatuto del Consumidor Financiero, que imponía la carga del buen consejo, el que fue incumplido por las AFP.

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.

De igual forma, es necesario advertir que no tampoco es posible acoger el argumento expuesto por la encartada en el sentido que la actora se encuentra dentro de la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad pensión, pues al declararse la ineficacia del traslado, es como si el mismo nunca hubiese existido y por tanto no está cobijado por tal figura.

Finalmente, deberá revocarse parcialmente el fallo proferido, en el sentido de absolver a la demandada Colpensiones al reconocimiento y pago de las costas del proceso, ya que si bien, el Código General del Proceso impone tal



carga procesal a la parte vencida en el litigio, también lo es, que tal como lo refirió la entidad, ésta fue un tercero que no intervino en el acto jurídico del traslado de la demandante y si bien se opuso a la prosperidad de las pretensiones, lo realizó buscando la protección del principio de sostenibilidad financiera del estado, al momento de reconocer el derecho pensional, por lo que no se puede imponer tal condena en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia quedarán a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y las de esta instancia únicamente a cargo de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

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

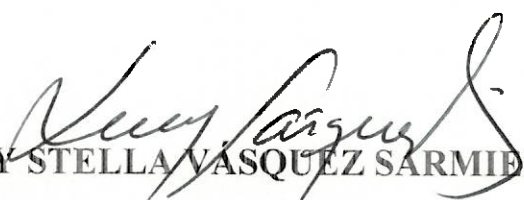
RESUELVE:

PRIMERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEXTO** de la sentencia proferida, en el sentido de condenar en costas de primera instancia únicamente a las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y

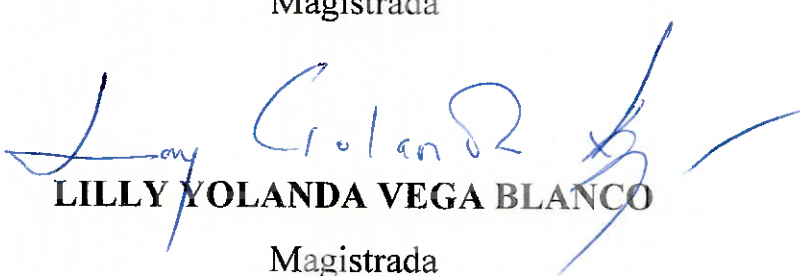


Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-0036-2019-00473-01. Proceso Ordinario de Brigitte Elizabeth Mayorga Jaimes contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

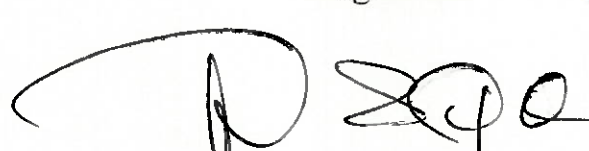
Cesantías, atendiendo las motivaciones de la sentencia. **TERCERO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO: COSTAS** de esta instancia a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

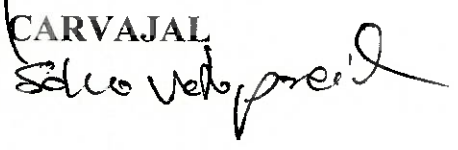
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 033 2019 00829 01. Proceso Ordinario Francisco Aurelio Eduardo Gutiérrez contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta misma entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración, por una parte, de la ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y de otra, que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones; se condene a Colfondos S.A. a trasladar los aportes cotizados en el régimen de ahorro individual a



Colpensiones y a esta última a aceptar dichos aportes y a registrarlo como afiliado sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que estando afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, el 1° de noviembre de 1998 se trasladó a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías de acuerdo con la información que ésta le suministró a través de uno de sus funcionarios.

Indicó que el funcionario de Colfondos S.A. que lo atendió no le informó acerca del valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el régimen de prima media con prestación definida, que no elaboró una proyección que le permitiera contar con la información completa sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el bono pensional, así como tampoco le informó acerca de las desventajas de su traslado

Señaló que el funcionario de Colfondos S.A. utilizó como argumento de venta que no se iba a poder pensionar en el Instituto de Seguros Sociales, en tanto éste se iba a acabar y que en el régimen de ahorro individual con solidaridad se iba poder pensionar a cualquier edad, sin indicarle las implicaciones que ello tendría sobre el monto de su mesada pensional y el valor del bono pensional.

Agregó que cuenta con más de 1.464 semanas de cotización al sistema general de pensiones y que el 15 de mayo de 2019, mediante derecho de petición solicitó tanto a Colpensiones como a Colfondos, su traslado al régimen de prima media con prestación definida.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda oportunamente. Colpensiones¹ indicó en síntesis que la prueba documental aportada se encuentra sujeta a derecho y da cuenta que el traslado se hizo de

¹ Cfr fls 4 y s.s. archivo “04Contestación Colpensiones”



manera libre y voluntaria, sin que se hubiere dejado observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Propuso como excepciones de mérito 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, entre otras.

Por su parte Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sostuvo que brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró, por un lado, la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y de otro, que el demandante se encuentra actualmente afiliado a Colpensiones; y condenó a la AFP Colfondos a realizar el traslado de los dineros que existen en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con sus correspondientes intereses o rendimientos, comisiones y cuotas de administración.

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

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

Aduce la recurrente en síntesis que debe analizarse si la presunta falta de información produce un efecto cierto y adverso al afiliado, pues no se trata de aplicar en forma directa e indiscriminada las decisiones de la Corte Suprema de Justicia; pues el objeto de protección de las mismas no se



extiende al evento en que el afiliado una vez no se puede trasladar y no se encuentra de acuerdo con su mesada pensional, so perjuicio de socavar principio fundamentales sobre los que se erige el sistema de pensiones.

Agrega en el mismo sentido que la declaración injustificada de la ineficacia del traslado de un afiliado al régimen de ahorro individual afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo el derecho fundamental a la seguridad social.

Afirma que esta Corporación en sentencia del 30 de julio de 2020, indicó que el afiliado no se encuentra exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de cambio de régimen pensional, en la medida que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos.

Refiere que en gracia de discusión, la existencia del vicio alegado tuvo que ser advertido por lo menos dentro de los 4 años siguientes a su celebración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil, y que al no haberse efectuado, debe entenderse dicho acto como una ratificación tácita.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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



CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, que contrario a lo que plantean los recurrentes, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional.

Y es que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que tienen el deber de

solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

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

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



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

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

Es importante advertir que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, es quien tiene la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió ofrecer al demandante una información clara, completa, comprensible y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra,



comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

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

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

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que



cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante se encuentra afiliado a la AFP Colfondos S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, tal como lo determinó el servidor judicial de primer grado.

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

Finalmente, en punto a la vulneración del principio de sostenibilidad financiera, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

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



Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

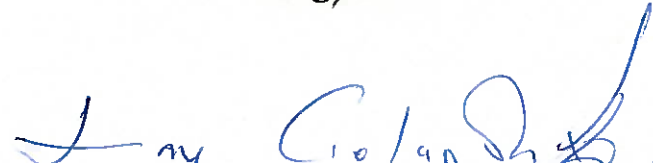
PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional al demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 033 2019 00829 01. Proceso Ordinario Francisco Aurelio Gutiérrez Sanin contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Señor de la fuerza



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 031 2021 00473 01 Proceso Ordinario
Apelación de sentencia Luz Mireya Medina Suta contra Administradora
Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la nulidad absoluta y/o ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y que como consecuencia de ello, siempre estuvo afiliada válidamente al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el monto total existente de todo lo ahorrado en su



cuenta individual, junto con los rendimientos financieros, intereses y demás frutos generados y los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido a título de cotizaciones,

Como sustento de sus pretensiones, expresó en síntesis, que cotizó a los riesgos de invalidez, vejez y muerte desde el mes de abril de 1981 hasta el mes de agosto de 1996, cuando se trasladó sin formación libre del convencimiento a la AFP Protección S.A.

Afirmó que los argumentos de los que se valió el asesor de la AFP Protección S.A. para persuadirlo fueron que el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar y por lo tanto podía perder las cotizaciones efectuadas a dicho fondo; sin obtener por parte del mismo ninguna asesoría, ni los cálculos o proyecciones respecto de su futuro pensional, así como tampoco le comunicó las consecuencias que le acarrearía trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual.

Indicó que si el asesor de la AFP Protección le hubiera brindado una asesoría completa, poniendo en conocimiento los pros y contras, actuando conforme a su responsabilidad profesional, no hubiera consentido dicha información.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones adujo en esencia que la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Por su parte la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que la vinculación de la demandante al fondo por ella administrado es existente, válida, exenta de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre selección de régimen y que precisó que no le era fácticamente posible predecir el valor de la mesada pensional para la fecha en que se produjo el traslado. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones; al considerar en esencia que de acuerdo con la documental aportada así como del interrogatorio de parte absuelto por la accionante, se establece que no solo se le brindó una asesoría sino también una reasesoría y a pesar de ello la demandante tomó la determinación de permanecer afiliada al régimen de ahorro individual.

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

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Aduce la apoderada de la parte demandante que independientemente de que efectivamente se cumplieron los presupuestos normativos indicados en la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, y que el formulario cuente con la firma de la demandante, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, la



información suministrada debió haber sido amplia y suficiente desde un inicio.

Agrega a lo anterior que se desconoce el grado de escolaridad de la persona que brindó la reasesoría y que su mandante no deber ser juzgado por el hecho de manifestar que no recordaba.

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

CONSIDERACIONES

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

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



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

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

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



jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias referidas.

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

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal, en el sentido que son los hechos y las relaciones jurídicas entre los sujetos de derecho por virtud de las simples manifestaciones verbales o por sus acciones, las que deben ser reveladas sobre la apariencia de lo que se encuentra en un documento; de suerte que no le basta a la demandada con ampararse en lo que superficialmente demuestra el formulario de afiliación.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debió dar a conocer a la demandante al momento del traslado las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

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

Lo anterior se afirma, en tanto que conforme se indicó, el formulario de afiliación no ofrece el grado de convicción necesario para establecer el cumplimiento al deber de información al momento en que se produjo el traslado de la accionante, siendo este el momento oportuno para dar a conocer al futuro afiliado, pues tal como lo ha reiterado la máxima Corporación de Justicia Laboral² “la oportunidad de información se juzga al momento del acto jurídico del traslado no con posterioridad”

Ahora, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a

² Ver sentencias SL1688-2019 y SL4705-2021.



la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, la Sala declarará la ineficacia de la afiliación a la AFP Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional, de modo que tampoco es de recibo el argumento que expone la *aquo* relacionada con la defectuosa liquidación del bono pensional al momento de la reasesoría.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, tampoco es procedente declarar la prosperidad del referido medio exceptivo en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continua afiliada a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos



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

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

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en ambas instancias a cargo de la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrado con la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A.

SEGUNDO.- CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A a trasladar a COLPENSIONES el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, con los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar; así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales.

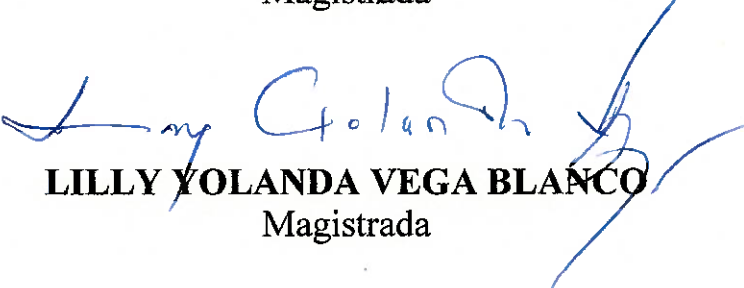
TERCERO.- ORDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas indicadas en el ordinal anterior y activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida.

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

QUINTO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho en esta instancia la suma de \$500.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-031 -2021-00473-01. Proceso Ordinario Luz Mireya Medina contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

D 290

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Señor juez por civil



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-009-2018-00630-02. Proceso Ordinario de María Bernarda Carcamo Ricaurte contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de febrero de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se retrotraigan las cosas al estado anterior, ordenándose a Colpensiones tenerla como afiliada al RPM, como si nunca hubiere existido el traslado y las costas del proceso.



Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que se trasladó a Porvenir S.A. el 20 de octubre de 1995, sin embargo, para tal momento no se hizo un estudio de su situación particular, sino tan solo se le hizo una ilustración de las ventajas de pertenecer al RAIS; que elevó solicitud de nulidad de su afiliación conforme lo expone la sentencia SU 062 de 2010 ante Colpensiones el 6 de septiembre de 2017, la que al momento de radicar la demanda no ha sido contestada por la entidad; que la actora nació el 16 de diciembre de 1965, por lo que los 57 años los cumplirá el mismo día y mes de 2022; que la AFP realizó simulación pensional, en la que indicaba que si no volvía a cotizar, no tendría derecho a una mesada pensional, no obstante, que si mantenía sus cotizaciones hasta el año 2022, tendría derecho a una mesada pensional por la suma de \$737.717, sin embargo, al efectuarse el cálculo en el RPM, aplicando una tasa de reemplazo del 65.75%, la mesada pensional ascendería al monto de \$2.656.187, pues la liquidación se realizaría con los últimos 10 años de cotización; que la actora acredita un total de 1.387 semanas cotizadas; que la actora elevó solicitud de nulidad del traslado ante Colpensiones el 17 de mayo de 2018, no obstante, transcurrió más de un mes sin obtener respuesta.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Porvenir SA el 20 de octubre de 1995 y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración con cargo a sus propios recursos y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, convalidándolos en la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima



media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La demandada Colpensiones solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que no se puede declarar la ineficacia de traslado, toda vez que no existe un vicio en el consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para la actora, ya que contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión., aunado, con que no era beneficiaria del régimen de transición para autorizar su regreso en cualquier tiempo, como lo dispone la sentencia SU 130 de 2013. De igual forma, se debe tener en cuenta la sentencia de fecha 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, en la cual se indica que la simple manifestación de inconformidad respecto del valor de la pensión no constituye fundamento suficiente para declarar la ineficacia y por el contrario, en el presente asunto no se demostró engaño o equivocada información por parte del fondo y para la fecha del traslado los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones, motivos por los cuales no se puede aplicar la jurisprudencia, más aún, cuando se acredita que lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante, que derivó en que la actora continuó cotizando de forma libre y voluntaria.

Por su parte Porvenir S.A. presenta recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primer grado, en el entendido que en los procesos en los que se peticione la nulidad o la ineficacia de la filiación, debe haber una



similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para la encartada no se da en el presente asunto, como quiera, que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informada, todo esto de conformidad con la norma para la fecha, advirtiendo que si bien el deber de información ha existido desde la misma creación de los fondos privados, también lo es, que ha tenido un desarrollo tanto legal como jurisprudencial progresivo, que claramente ha hecho más exigente al deber de información con el pasar de los años, por lo que se debía brindar la información necesaria y suficiente, pero nada más, por lo tanto, no exista una obligación de brindar una seguridad más allá de la establecida por la ley, así como tampoco se podía atribuir el deber de un buen consejo, incluso para poder desincentivar la afiliación, ni mucho menos existía la obligación de una doble asesoría, así como tampoco se exigía a las AFP la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría, en el entendido que fueron cargas impuestas con la expedición de los Decretos 2555 del 2010, Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2014. Por otro lado, es pertinente señalar que la demandante contó con múltiples oportunidades para regresar al régimen de prima media, toda vez que para el momento en que se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, la normatividad.

Adujo, que la normatividad vigente correspondía al literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es decir, que la accionante podría retornar al RPM 3 años después de realizada la vinculación, no obstante, decidió continuar en el régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera libre y voluntaria, efectuando sus aportes, así como, que tampoco puede entenderse que la firma del formulario solamente implica la aceptación de las condiciones del régimen y que el mismo no denote de manera irrefutable el conocimiento que tenía la afilada sobre los beneficios y las condiciones del RAIS y que no sea prueba



suficiente para acreditar la existencia de una voluntad libre y consciente de la persona, de afiliarse al fondo privado, cuando era el único requisito impuesto por el Legislador, acreditándose primero, que había recibido la información suficiente y veraz, segundo, que suscribió el formulario de afiliación y tercero, que lo hizo de forma libre y voluntaria. Frente a la condena a devolver conjuntamente rendimientos y gastos de administración, no se encuentra conforme la administradora privada, en el entendido que, no resulta coherente que se aplique la figura de la ineficacia en un sentido y en otro no, como quiera que la consecuencia de la aplicación de esta figura jurídica, tal como lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia, es declarar que el negocio nunca se ha celebrado y en tal sentido, se tendría que los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante por parte de mi representada nunca se generaron, además, que los rendimientos financieros, al existir tan solo en el RAIS, pondrían a la demandante en una condición diferente a la que esta se encontraría al pertenecer al RPM, en contravención a lo establecido por el artículo 897 del Código de Comercio.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES



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

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

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar

administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta



Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

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

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

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



posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocitrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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

Ahora bien, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino



en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.

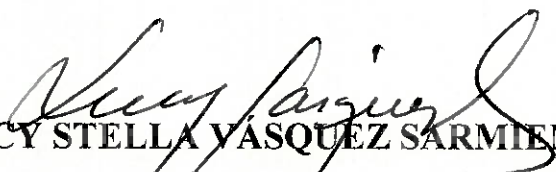
Finalmente, es necesario advertir que no es posible acoger el argumento expuesto por la demandada Colpensiones referente a que la única posibilidad que tenía la demandante, era acreditar los presupuestos contenidos en la sentencia SU 130 de 2013, para retornar en cualquier tiempo al RPM, toda vez, que lo pretendido por la demandante es la declaratoria de ineficacia de su afiliación, lo que conlleva a que nunca se realizó el traslado y por tanto, no debe acreditar los requisitos de semanas cotizadas o edad.

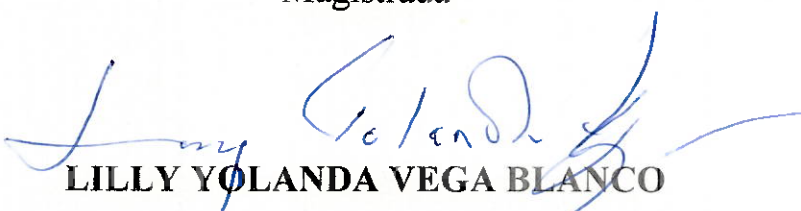
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo de únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

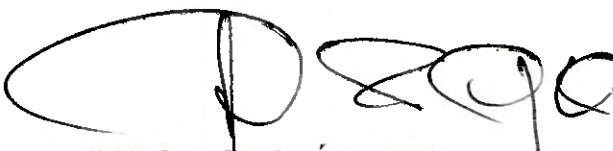
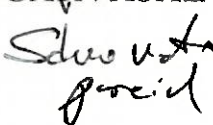


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
 Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
 Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
 Magistrado 



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-010-2019-00516-01. Proceso Ordinario de Gloria Lucía Álvarez Pinzón contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recursos de apelación interpuesto por las apoderadas de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10° Laboral del Circuito de Bogotá, el 1° de marzo de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente aquellos puntos que no fueron objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y como consecuencia de lo anterior, se ordene trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, tales como cotizaciones,



junto con sus rendimientos y a dicha entidad, a activar la afiliación, aceptando el traslado de los dineros y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 26 de enero de 1965, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 54 años de edad, afiliándose al RPM administradora por el RAIS en el año de 1985; que laboró al servicio del Ministerio de Defensa Nacional por el período comprendido entre el mes de junio de 1988 y el mes de febrero de 1990 y en el año de 1994 ingresó a laborar a la Procuraduría General de la Nación en la que efectuó sus aportes a Cajanal; que efectuó traslado a Colfondos S.A. el 5 de agosto de 1994, sin embargo, para tal fecha no se le brindó la información adecuada y completa del RAIS, indicándosele las ventajas del mismo, pero sin mención alguna de las desventajas, ni las diferencias entre los regímenes pensionales; que elevó solicitud de nulidad de traslado y el aporte de otros documentos a las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A. el 22 de marzo de 2019, siendo negada la petición por parte de la entidad pública en la misma fecha y por parte de la AFP mediante de oficio de fecha 16 de abril de 2019; que elevó derecho de petición ante el Ministerio de Defensa Nacional en la que solicitó la expedición de los certificados laborales el 22 de marzo de 2019, no obstante, dicha Cartera no ha efectuado pronunciamiento alguno.

Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y ordenó trasladar los aportes pensionales, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del C.C., junto con los rendimientos financieros, la devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados, pago que debería realizarse dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y a Colpensiones, a recibir dichos valores e imputarlos en la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la



demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías solicitó se revoque de forma parcial la sentencia proferida, para que se revoque lo atinente con la devolución de gastos y cuotas de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que la demandada cumplió con el deber legal de administrar los aportes de la actora y dada la gestión, fue que se produjeron rendimientos que coadyuvan a incrementar la cuenta de ahorro individual, existiendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, desconociendo además, la teoría de las restituciones mutuas, ya que al declararse la ineficacia no se puede desconocer la buena administración, por lo que no se podrían devolver los rendimientos, como quiera que los mismos se generaron por la gestión de Colfondos, debiéndose aplicar además principios Constitucionales de equidad y justicia. Así mismo, se puede indicar frente a los seguros previsionales consagrados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el que están enlistados para las contingencias de invalidez y sobrevivencia, riesgo que se cubrió por un tercero y si bien no se generó el mismo, sí se cumplió con el objetivo que no era otro que mantener a la afiliada asegurada, motivo por el cual no se puede devolver los mismos causándose un perjuicio económico a Colfondos, lo que impide retrotraer



todas las actuaciones. Ahora bien, en caso de ordenarse la devolución de los mismos, debe absolverse lo referente a la indexación, teniendo en cuenta que la actualización no fue solicitada en el libelo demandatorio y por tal motivo la indexación no fue objeto de debate probatorio, causándose un perjuicio a la demandada, pues la obligación fue la de trasladar una suma de dinero y no de darla, yendo en contra del artículo 29 de la Constitución Política, al no haberse debatido dicha prestación.

Por su parte Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida, ya que no se puede declarar que el contrato de afiliación suscrito por las partes es nulo ya que en el proceso obran los medios de prueba suficientes, para acreditar que el traslado se dio de forma libre y voluntaria, pues tratándose de la afiliación al sistema pensional, los mismos pueden escoger de forma libre conforme se establece en art 13 de la ley 100 de 1993, a tal punto, que la demandante sabía de los aportes que debía realizar, sin existir presión, ni fuerza para efectuar el traslado y frente al dolo, el mismo debe ser probado en el proceso. Aunado a lo anterior, el artículo 83 de la Constitución Política manifiesta que las actuaciones de los particulares y entidades públicas deben estar sujetas a la buena fe y deben ser presumidas, por lo que al señalar la demandante que la AFP mediante maniobras engañosas logró realizar el traslado al RAIS, debió ser demostrado y por el contrario, a la demandante se le respetó su derecho de afiliación, dejando constancia con la suscripción del formulario de afiliación. Así mismo, en la sentencia SL 1452 de la Sala de Casación laboral, la que en el salvamento de voto se indicó que no podía declararse la ineficacia en todos los casos, sino cuando se acredite la falta al consentimiento informado, debiéndose acreditar un perjuicio cierto y determinable al momento de efectuarse el traslado, y que los demandantes no deberían estar autorizados para demandar la ineficacia de traslado ante la falta de beneplácito de su derecho pensional, al igual, que se debe tener en cuenta lo dicho en el salvamento de voto del Dr.



Quiroz Alemán, quien manifestó que las deficiencias del traslado existen unas susceptibles de saneamiento, de manera que no todas darán lugar a la anulación del mismos. Aunado a lo anterior, con la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, hay lugar a la devolución de la totalidad de dineros de la cuenta de ahorro individual, más las abonadas a la garantía de pensión mínima, gastos de administración y seguros previsionales. Ahora, el estudio general de la ineficacia del traslado bajo la perspectiva jurisprudencial no sería pertinente, pues para el momento en que se efectuó el mismo, el formulario se encontraba en firme y aceptado el traslado, cumpliéndose con las formalidades de la época, por lo que se debe absolver de las pretensiones y en su lugar se absuelva de las súplicas elevadas.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

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



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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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



para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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



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

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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez, que del monto total de la cotización se incluyen los valores de dichos conceptos, cotización que de acuerdo con lo adocrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de



prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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

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



Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración y los seguros previsionales se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos, de lo que no se puede concluir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad pública.

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.

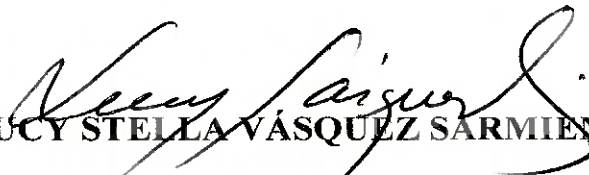
Finalmente, debe precisarse que esta Sala de Decisión de forma respetuosa no acoge los argumentos expuestos en los salvamentos de voto aducidos por Colpensiones en su recurso, pues al tratarse de la falta de información del afiliado por parte de la AFP, es dicha administradora quien debe soportar que en efecto brindó la debida asesoría al afiliado al momento del traslado, sin que sea necesario acreditar supuesto alguno diferente, ni los vicios del consentimiento.

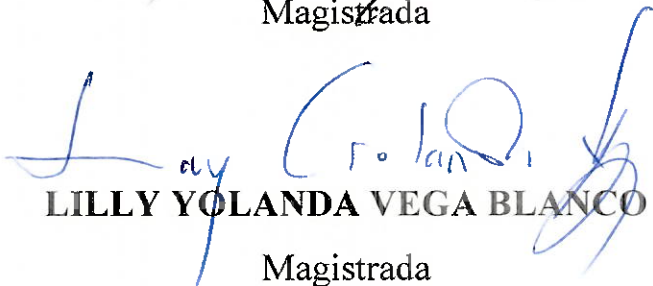


Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo de únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-010-2019-00516-01. Proceso Ordinario de Gloria Lucía Álvarez Pinzón contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Solvo vello
prociul*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2020-00008-01. Proceso Ordinario de Rafael Mauricio Méndez Bernal contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 18 de enero de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Colfondos S.A. y como consecuencia de lo anterior, se ordene trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales y sumas adicionales



con sus respectivos intereses, ordenando a la última entidad a recibir tales valores, teniéndolo como válidamente afiliado y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 30 de septiembre de 1959, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 60 años, afiliándose al RPM por el período comprendido entre el 1° de febrero de 1983 y el 30 de noviembre de 1994, cotizando 95.14 semanas; que se afilió al RAIS el 1° de septiembre de 2000 a Colfondos Pensiones y Cesantías S.A., sin embargo, no se le informó de las desventajas de su afiliación, tales como que obtendría una mesada pensional a la que percibiría en el RPM, la imposibilidad de retornar al mismo, las diferentes modalidades de pensión existentes en el RAIS, el manejo de los rendimientos financieros que varía por la fluctuación del mercado y lo pueden perjudicar; que elevó solicitud de retorno al RPM, la que fue negada, por lo que elevó petición ante Colfondos para que se informara acerca de la mesada pensional y las fluctuaciones del mercado, que no se encuentran en el RPM.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 29 de julio de 1995 y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses, así como los gastos de administración descontados por parte de Porvenir S.A. y Colfondos S.A., y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad,



así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La encartada Colpensiones solicitó se revoque la decisión y en su lugar se absuelva a la encartada, ya que el Juez no tuvo en cuenta lo señalado en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, los que fijan los presupuestos del traslado y la voluntad de elección, por lo que el demandante ratificó su deseo de permanecer en el RAIS por más de 21 años, realizando traslados horizontales que son actos de relacionamiento con los que se ratificó su voluntad, aunado, con que el actor sabía que podía regresar al RPM y aun así no lo hizo, tal como lo dijo en el interrogatorio de parte, quien manifestó que previo a realizar una maestría Brasil para agosto de 2010 se acercó a Colfondos realizando proyección de la mesada y se informó que sería una mesada no superior a un salario mínimo, sabiendo las consecuencias de permanecer en el RAIS, pues para dicha data contaba con 50 años, momento para el cual no se encontraba en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. De igual forma, debe resaltarse que Colpensiones fue ajena al acto de traslado y a la falta al deber de información de la AFP, por lo que no puede aplicarse normas posteriores de doble asesoría, la que quedó ratificada con el interrogatorio de parte que el actor recibió tercera asesoría donde indicaron las condiciones para pensión, aunado, con que con la sentencia C-1024, SU 130 de 2013, frente al traslado indicó que nadie puede subsidiarse con los aportes de otros afiliados, pues el RPM se descapitalizaría afectándose la sostenibilidad financiera y afecta la seguridad social de los demás afiliados, más aún, cuando estamos frente a una persona que no conociera cada uno de los regímenes siendo una información suficiente indicándole como se



pensionaría de forma anticipada y los intereses que generaba y por tanto no se puede afectar el derecho de los afiliados al RPM.

La demandada Porvenir S.A. solicitó se revoque el fallo proferido en el entendido que como se avizora con la documental y el acervo probatorio el demandante recibió de forma anticipada a la afiliación con Colpatria, una información a ese traslado a un régimen diferente como lo dijo la parte actora que conocía que se afiliaba a un fondo distinto al ISS y bajo ello, con la declaratoria de ineficacia se está desconociendo lo que en sí la parte demandante pudo considerar, pues se brindó la información, se dio asesoría por otros fondos privados y posteriormente es cuando decide vincularse con la demanda, pudo corroborar información, era consiente que se vinculaba con fondo del RAIS y en ningún momento hizo solicitud de retorno al RPM, antes de la prohibición legal de la Ley 797 de 2003, artículo 2º, el que también fue desconocido por el despacho, sin que se pueda dejar de lado que con la ineficacia declarada el actor pudo generar dudas, inquietudes, quejas o sugerencias para corroborar la información y en ningún momento se hizo solicitud alguna respecto de la afiliación del año 2000, decisión que se ratificó con la afiliación realizada a Colfondos y que según el demandante los asesores manifestaron que el ISS iba a terminar, la información no fue corroborada y si bien ello sucedió, fue retomada por Colpensiones y el actor no solicitó su retorno, por lo que bajo ello, de forma libre y voluntaria suscitó la afiliación y ratificó su voluntad y deseo del actor para pertenecer al RAIS, así como realizando los aportes y beneficiándose de unos rendimientos generados de su cuenta de ahorro individual. Así mismo, se presenta inconformidad respecto del pago con su propio patrimonio de las sumas dadas con el retorno a Colpensiones omitiéndose el art 133 de la ley 100 de 1993, pues los únicos valores a retornar son rendimientos y aportes, pero a la devolución de devolver otras sumas, pues la demandada no cuenta con afiliación del demandante y hubo debida administración de la cuenta de



ahorro individual, por lo que peticiona desestimar las pretensiones de la demanda.

Finalmente, Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida, en lo atinente con la devolución de los gastos de administración, ya que bajo tal perspectiva no se deberían retornar los rendimientos, sino hacer el cálculo de lo que hubiere generado en el RPM, aunado, con que por más de 20 años se generaron rendimientos, los que al ser comparados hacen parte del capital acumulado para el reconocimiento de la pensión y frente a ello, la Corte Constitucional señaló en la sentencia SU 062 de 2010 le impuso la obligación de imponer la diferencia entre los regímenes y acordar entre ellos asumir la diferencia resultante, por lo que al ser declarada la ineficacia, sería el demandante quien se afectaría con la decisión, pues es quien debe proceder con el pago de los eventuales rendimientos que se dejaron de generar en el RPM.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES



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

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

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

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

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

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

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las



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

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar

administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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



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

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

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

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la



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

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

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

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



mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocitrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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



de efectuarse el traslado por parte del señor Rafael Mauricio Méndez Bernal.

Ahora bien, frente al argumento de que nadie puede beneficiarse de aportes de terceros afiliados al RPM, así como a la afectación al principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Frente al sustento referente a que el actor ratificó su voluntad de permanecer al RAIS, con ocasión del tiempo de permanencia superior a 221 años, así como el pago de aportes y el traslado horizontal que realizó, el mismo no puede ser acogido por la Sala de Decisión como quiera que la falta al deber de información se materializa al momento en que se efectúa el traslado y no se perfecciona con el paso del tiempo o el pago de las cotizaciones, no se puede concluir la convalidación de su afiliación. La anterior situación es semejante respecto a que el actor tenía conocimiento de los regímenes pensionales al momento de realizarse el traslado, por las asesorías brindadas con anterioridad al acto jurídico, como de forma posterior a su afiliación, teniendo en cuenta que si bien en interrogatorio de parte se mencionó el conocimiento de algunas características del RAIS, ello no cubre lo concerniente con las características del RPM, por lo que se reitera, no tenía conocimiento de las ventajas y desventajas de cada uno de ellos, sin que para el caso bajo estudio, fuera indispensable para el actor,



ejercer su derecho de retorno al RPM, con anterioridad a la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003.

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos, enfatizando, que tampoco es posible acoger el argumento que se expone respecto de la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que la misma aplica para los beneficiarios del régimen de transición, situación que no se hace necesaria al momento de declararse la ineficacia del traslado.

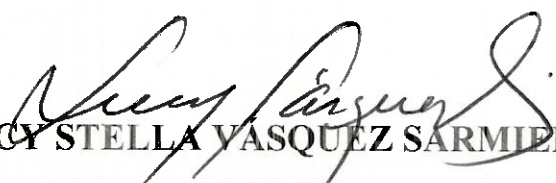
Finalmente, es necesario advertir que no tampoco es posible acoger el argumento expuesto por la administradora privada, en el sentido que el actor se encuentra dentro de la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad pensión, pues al declararse la ineficacia del traslado, es como si el mismo nunca hubiese existido y por tanto no está cobijado por tal figura.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia en la forma establecida por el fallador de primer grado y las de esta instancia a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías

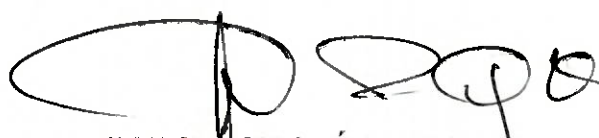


DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de esta instancia a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., para cada una de ellas y las de primera instancia en la forma indicada por el aquo, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado 



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 1100131-05-033-2019-00705-01. Proceso Ordinario de Ligia Marlen Sánchez Otálora contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, el 30 de marzo de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se ordene trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y gastos administrativos, ordenando a la última entidad a recibirla como afiliada en el RPM como si nunca se



hubiere trasladado, condenando así mismo a la AFP al pago de 50 salarios mínimos legales mensuales vigente por su conducta atentatoria con el derecho pensional de la actora y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que ha prestado sus servicios como empleada de varias empresas, afiliándose desde su inicio régimen de prima media con prestación definida, hasta el día en que suscribió formulario de afiliación y cambio de régimen con PORVENIR S.A.; que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, contrató un sin número de vendedores o asesores comerciales, no obstante, los mismos no tenían un amplio e idóneo conocimiento en temas de seguridad social; que al momento de la asesoría se le indicó a la demandante que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del RPM, ni se le mencionaron los riesgos y demás información consistente veraz y objetiva respecto de su traslado; que el ISS nunca brindó asesoría a sus afiliados al momento del traslado, ni desvirtuó la información de que dicha entidad se iba a acabar; que la AFP no informó al empleador de la demandante el traslado pensional conforme lo dispone el artículo 128 de la Ley 100 de 1993; que el traslado empobrece a la actora, como quiera que la pensión que reconoce el RAIS es inferior en un 60% a la que le correspondería en el RPM; que lleva más de 4 años solicitando el traslado de régimen pensional, por lo que mediante apoderada elevó solicitud de desvinculación el 14 de noviembre de 2017 , entidad que guardó silencio; que elevó solicitud de afiliación ante Colpensiones el 30 de agosto de 2017, la que fue negada por la entidad en la misma fecha.

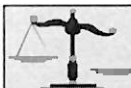
Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el 7 de marzo de 1995 y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, cuotas de administración y bonos pensionales, y ordenó que Colpensiones recibiera



los dineros, actualizando la historia laboral, absolviendo de los demás pedimentos elevados a las encartadas. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

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

La demandada Porvenir solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar se absuelva de las súplicas de la demanda, lo anterior, por cuanto el despacho no valoró que el consentimiento se materializa con el formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso y expresaba de forma espontánea y simple que la asesoría estuvo conforme al artículo 114 de la Ley 100 de 1993, declaración que no es vacía, pues no solo es un formato de afiliación, sino de un contrato legal, que presumía que eran capaces para obligarse. Aunado a lo anterior, no se puede desconocer el derecho al retracto probado en la publicación del tiempo en el mes de enero de 2004, la declaratoria de ineficacia desconoce el principio de autonomía de libertad privada en la sentencia C 341 de 2006, donde se reconoce el poder para dispositivo con efecto vinculante de derechos y obligaciones, siempre que se respete el orden público. Finalmente, tampoco procede la condena por gastos de administración, pues los mismos prescriben, así como, que se configura un enriquecimiento sin causa, en la medida que no se menciona en el artículo 114 de la Ley 100 que estos deben ser devueltos, de lo que se



evidencia que están destinados al fondo privado por aumentar el capital del afiliado, condena que atenta contra las restituciones mutuas.

Por su parte Colpensiones, solicitó se revoque de manera parcial la sentencia, solamente en lo que tiene que ver con declaratoria de ineficacia, teniendo en cuenta que se considera que puede afectarse económicamente a la entidad, en razón a que no se puede saber si hoy día el ahorro o aporte realizado en el RAIS o RPM, alcance o no a cubrir lo que vaya a ser la prestación a reconocer a futuro., más aún, si se aumenta la expectativa de vida, lo que conlleva a un detrimento patrimonial ya que las proyecciones no se anticipan en debida forma. Aunado a lo anterior, existe inconformidad por la inversión de la carga de la prueba, pues existe una desproporción probatoria., en el entendido que la sola manifestación de los demandantes de que no se brindó la información de manera completa, es suficiente para dar por probada dicha afirmación, sin tener en cuenta que se brindó una asesoría para el año 1995 a 1999, siendo complicado para el fondo privado comprobar las circunstancias que rodearon la afiliación o traslado y por el contrario, de las pruebas se nota que se firmó un formulario de forma capaz, a tal punto que continuó mes a mes pagando el aporte correspondiente, siendo un acto de relacionamiento desplegado por la demandante, existiendo omisión de la demandante acercarse a los fondos privados o a Colpensiones para obtener la debida información, advirtiendo que la falencia está frente a la proporcionalidad frente a lo reconocido por el fondo privado y por Colpensiones, no obstante, los del RAIS dependían de comportamientos financieros.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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



jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

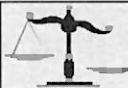
Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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

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

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

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



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

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

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

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

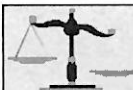
La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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

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

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



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

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

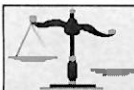
Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.



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

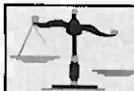
Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es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

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



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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



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

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.

Finalmente, es necesario advertir que si bien la demandante era capaz para suscribir actos o contratos, como lo es el formulario de afiliación, también lo es, que al afiliado lo único que le importa es el futuro reconocimiento de su derecho pensional, mientras que las administradoras de pensiones privadas tienen el conocimiento específico y profundo del funcionamiento del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, por lo que era la entidad encargada de brindar el buen consejo en favor de sus afiliados.



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-033-2019-00705-01. Proceso Ordinario de Ligia Marlen Sánchez Otálora contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

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

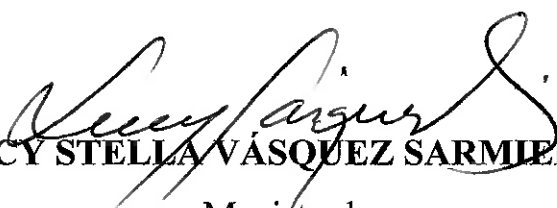
DECISIÓN:

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

RESUELVE:

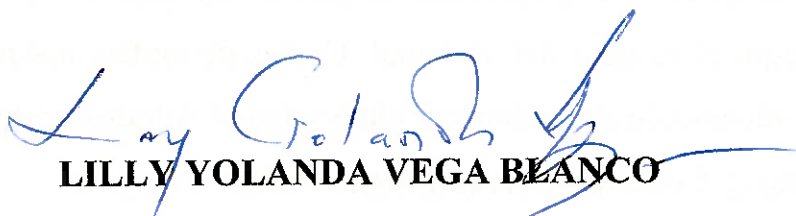
PRIMERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primer grado en lo demás.
TERCERO: COSTAS de ambas instancias a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05-033-2019-00705-01. Proceso Ordinario de Ligia
Marlen Sánchez Otálora contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Solvo voto personal

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 028 2021 00030 01. Proceso Ordinario Norma Liliana Delgado Ortega contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la AFP Colfondos S.A. y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la nulidad de la afiliación o ineficacia del traslado efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad en el mes de junio de 2021 ante la AFP Porvenir S.A. al existir engaño y asalto a su buena fe, así como del traslado posteriormente efectuado a la AFP Colfondos S.A. en el mes de diciembre de 2015; y que como consecuencia de ello se ordene a esta última



AFP retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, y que a su vez se ordene a esta última entidad mantenerla como afiliada sin solución de continuidad.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales entre el 9 de octubre de 1987 y el 30 de junio de 2001, acumulando un total de 355 semanas de cotización.

Afirmó que para el mes de junio de 2001 asesores de la AFP Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A., le presentaron un nuevo régimen pensional, en el que le aseguraron que en dicho régimen tendría mayores rendimientos, que podría pensionarse a la edad que quisiera, que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que perdería lo cotizado hasta ese momento; y que por dichas razones accedió a trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Indicó que en el mes de diciembre de 2005 se trasladó a la AFP Colfondos S.A., en donde a octubre de 2019 contaba con un total de 1.123 semanas de cotización.

Añadió que el 4 de febrero de 2020 solicitó a las entidades accionadas se declarara la nulidad de su traslado al régimen de ahorro individual y consecuente retorno al régimen de prima media con prestación definida.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías sostuvo que sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora y que además le recordó las características de dicho régimen y su



funcionamiento. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de causa en las pretensiones de la demanda; prescripción; compensación y pago; entre otras.

Colpensiones S.A. adujo que del análisis de las pretensiones se advierte que lo que pretende con la acción es obtener un beneficio económico y que en todo caso el traslado de la demandante se ajusta a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. sostuvo que la entontes AFP Horizonte, sí cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado; y que si lo que se plantea es la existencia de un vicio en el consentimiento a la accionante le compete acreditar los supuestos en que el mismo se funda. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad por intermedio de la AFP Porvenir S.A. el 1° de junio de 2001 y que se encontraba válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida; y como consecuencia de ello condenó a Colfondos S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos los frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros previsionales e impuso condena en costas en contra de las demandadas Colfondos S.A. y Porvenir S.A.



Inconforme con la anterior determinación el apoderado de Colpensiones y la apoderada de Colfondos interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colfondos S.A. interpuso recurso de apelación frente a la determinación relativa a la devolución de los valores correspondientes a los gastos de administración.

Aduce al efecto en síntesis que los gastos de administración tienen una destinación específica, de los cuales uno es para la defensa judicial del fondo, otro para la compra de los seguros previsionales y otros 9 para las realizar inversiones que generan los rendimientos que son depositados diariamente en la cuenta de los afiliados.

Indica que el manejo de dichos recursos es vigilado por la Superintendencia Financiera, obligándose a las administradoras de fondos incluso a garantizar una rentabilidad mínima con sus propios recursos.

Por su parte el apoderado de Colpensiones aduce que la servidora judicial de primer grado no tuvo en cuenta las reglas aplicables de las relaciones contractuales adquiridas por la demandante conforme con el Decreto 2241 de 2010, al presentarse su silencio como consumidor financiero.

Afirma que la responsabilidad objetiva endilgada a su representada no exonera a quien generó el daño, de poder haber sido responsabilizado dentro de la sentencia a Porvenir y que además su representada es totalmente ajena al negocio celebrado entre la demandante y los fondos privados.



De otra parte, aduce que para el momento en que se produjo el traslado, no le era exigible a los fondos privados que realizaran una asesoría como la expuso la Corte Suprema de Justicia y que tampoco les era exigible documentación diferente a la del formulario de afiliación.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue

¹ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

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

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

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

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Horizonte, hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, conviene recordar al apoderado de Colpensiones, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.

Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional



y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error, de manera que no resulta procedente acudir a lo que para el efecto establece el artículo 113 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, como la demandante se encuentra afiliada a la AFP Colfondos S.A., ésta tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada; motivo por el que se modificará la determinación que acogió sobre el particular la *aquo*.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la*



nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

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

Finalmente, en punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aluce el apoderado de Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

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



se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, a efectos de **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, durante el periodo en que la demandante estuvo afiliada.

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

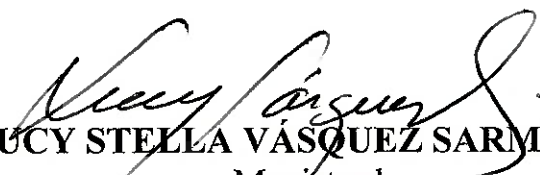


Ref.: Radicación N° 11001-31-05 028 2021 00030 01. Proceso Ordinario Norma Liliana Delgado Ortega contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

CUARTO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Se ha visto por el*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00717-01. Proceso Ordinario de Rocío Molina Bejar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de febrero de 2022; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación a la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con los frutos e



intereses y a la última entidad, a recibir dichos aportes, teniéndola como válidamente afiliada al RPM sin solución de continuidad a partir del 15 de febrero de 1982, actualizando su historia laboral y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 9 de mayo de 1955, por lo que obtendría la edad para pensión el mismo día y mes del año 2012, por lo que inició sus cotizaciones en el RPM administrado por el ISS el 1° de abril de 1978, en donde cotizó un total de 712.43 semanas; que fue abordada por un asesor de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien omitió asesorar de forma adecuada a la demandante, al punto que efectuó traslado a la misma el 15 de marzo de 2000, entidad en la que se encuentra cotizando, sin embargo, no le fue informado lo concerniente a que su mesada pensional sería muy inferior a la que recibiría en el fondo público, que los requisitos y el monto eran diferentes, lo concerniente con el bono pensional, que su pensión se construiría con el aporte mensual y que a mayor saldo en la cuenta, aumentaría el monto de su mesada, además, que el ISS tenía serias dificultades y posiblemente no se podría pensionar, aunado, con que se le informó que se podría pensionar a cualquier edad, pero no se indicó la forma para tal fin, como era la mayor obtención de capital, mencionando con ello tan solo las ventajas y beneficios, más no las desventajas y perjuicios que implicaría su decisión; que la demandante ha cotizado en los últimos 10 años con ingresos base superiores a \$4.350.000, al punto que el IBC para el año 2019 ascendió al monto de \$6.367.700; que ha aportado entre la administradora privada y Colpensiones más de 1.664 semanas; que elevó derechos de petición solicitando la invalidación de la afiliación ante Porvenir S.A. y Colpensiones los días 15 y 17 de julio de 2019, obteniendo respuestas negativas, la primera de ellas de la entidad pública el mismo 17 de julio y el 25 de julio por parte de la administradora del RAIS.



Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la AFP Porvenir SA el 15 de marzo de 2000 y ordenó trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los frutos e intereses que se hubieren causado y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, para tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La demandada Colpensiones solicitó se revoque el fallo proferido y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, teniendo en cuenta que se viola la libre escogencia del régimen pensional contenido en la Ley 100 de 1993, aunado, con que si el afiliado no ve conveniente su afiliación, la normatividad le posibilita su traslado hasta antes de que le falten 10 años para adquirir el derecho pensional y cada 5 años, entre regímenes pensionales. De igual forma, sostiene que no se puede declarar la ineficacia, como quiera que no existe vicio en el consentimiento, pues fue una actuación libre y voluntaria, para lo cual se debe tener en cuenta lo indicado por la Superintendencia, quien adujo que solamente era necesario suscribir el formulario, siendo el único requisito sustancial consagrado en la ley para su traslado, enfatizando, que



según el artículo 9º del Código Civil, la ignorancia de la ley no es excusa. Así mismo, adujo que el RAIS y el RPM tienen distintas formas de construcción del aporte, por lo que nadie puede resultar subsidiado por otros afiliados al esquema, afectándose de esta forma la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en riesgo el futuro pensional de los demás afiliados siendo la decisión de ineficacia contraria a la equidad y la justicia material, al permitir que alguien que no contribuyó al sistema, sea beneficiado.

Por su parte Porvenir S.A. presenta recurso de apelación, ya que la omisión al deber de información no genera ningún tipo de ineficacia en el acto jurídico de traslado, teniendo en cuenta que la única norma que habla de ineficacia, es la contemplada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la que el legislador fue claro al indicar que es ineficaz cuando existan actos o conductas dolosas por parte de un empleador o tercero que atenten contra la libre escogencia del régimen pensional, no obstante, no se acreditó la conducta dolosa, pues en el interrogatorio de parte se manifestó que se firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, además que en el mismo aceptó que los aportes realizados a su cuenta de ahorro individual pueden entrar a una masa sucesoral, lo que da a entender, que entiende cómo funciona el RAIS, al igual que el formulario de afiliación es claro al indicar que recibió la asesoría en los aspectos del régimen, aunado, con que tenía derecho de retracto, del cual no hizo uso la demandante y constituye un acto de relacionamiento. De igual forma, sostiene no está de acuerdo con la línea jurisprudencial que se viene manejando, porque no es dable que toda la carga de la prueba realmente tenga que recaer sobre los fondos de pensiones, más aún, cuando desde sus inicios el contrato de afiliación, es un contrato de seguros que tiene obligaciones recíprocas, como las de corroborar y preguntar, resaltando que la demandante no puede ser considerada como



afiliada lego, ya que es incluso estudiada y hace parte del personal directo de la Universidad del Rosario como docente, además, que resulta irresponsable realizar una proyección pensional porque en ese momento la demandante no tenía una expectativa o futuro pensional consolidado, era una mera expectativa. Finalmente, en lo que tiene que ver con la condena por gastos de administración, se advierte que el despacho desconoce la naturaleza jurídica de mi encartada, quien evidentemente tiene que cobrar los mismos en relación con el cuidado y custodia del dinero del afiliado y al imponerse dicha condena, supone un enriquecimiento sin justa causa por parte de Colpensiones, sumas que tienen por mandato legal una destinación específica que se cumplió plenamente durante la afiliación, por lo que bajo las normas que gobiernan las restituciones mutuas, en caso de nulidad de un acto tengan que devolverse las sumas que se invirtieron, más los rendimientos que se generaron.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

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

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

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

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

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

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

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

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



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

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

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

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

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

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



haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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



condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

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

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

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto



total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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

Ahora bien, frente a la posible afectación a la sostenibilidad financiera del RPM, debe advertirse que la Administradora Colombiana de Pensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por



qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos, lo que no genera el enriquecimiento sin causa en favor de la entidad pública.

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.

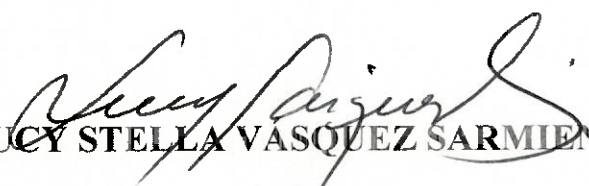
Finalmente, es necesario resaltar que si bien el afiliado tienen obligaciones al efectuar un acto o negocio jurídico, también lo es, que quienes poseen el conocimiento y manejo del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad son las administradoras del mismo, siendo las obligadas a entregar la información, clara, completa y oportuna de cada régimen pensional, pues al afiliado lo único que le interesa es el reconocimiento del derecho pensional futuro.

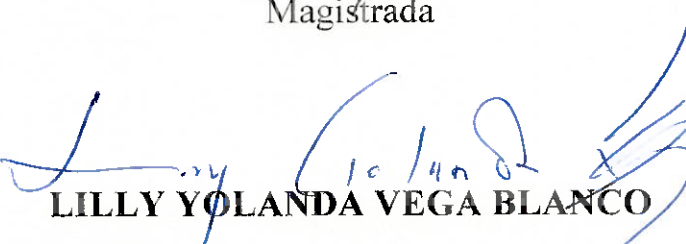


Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de ambas instancias quedan a cargo de únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-034-2019-00717-01. Proceso Ordinario Rocio Molina
Bejar contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

Nº 290

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

Salvo voto p. n. d.



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-036-2019-00444-01. Proceso Ordinario de Manuel Antonio Bustos Álvarez contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación presentado por la actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de enero de 2022.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que es beneficiario del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, ya que nació el 14 de julio de 1955 y cotizó más de 15 años de servicios y que como consecuencia de lo anterior, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de



1990, a partir del día en que se consolidó el derecho pensional, junto con los reajustes anuales, las mesadas adicionales, intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las condenas y las costas del proceso.

Para respaldar las súplicas, en síntesis señaló que nació el 14 de julio de 1955, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 63 años; que laboró al servicio del Ministerio de Defensa por el período comprendido entre el 2 de noviembre de 1976 y el 30 de octubre de 1978; que se afilió al ISS a partir del 8 de julio de 1988, prestando sus servicios a las empresas Transporte Ejecutivo del Llano Ltda. y Cootransmeta, laborando para la primera de las mencionadas por espacio superior a 16 años; que la sociedad Cootransmeta no realizó el pago de aportes al Sistema Integral de Seguridad Social del mes de enero de 1996, octubre, noviembre y diciembre de 1997, así como, la demandada Transporte Ejecutivo del Llano no canceló los aportes de enero y febrero de 1998, julio, agosto y septiembre de 1999, junio, julio, agosto, septiembre y diciembre de 2002, enero a diciembre de 2003 y enero, febrero y marzo de 2004; que el actor elevó solicitud para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez conforme lo establecido en el Decreto 758 de 1990, como quiera que cotizó 500 semanas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión y 1000 semanas en cualquier tiempo, así como acreditaba más de 60 años de edad, solicitud que fue negada por Colpensiones el 25 de abril de 2018, decisión contra la que se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, siendo desatado de forma desfavorable el último, mediante resolución de fecha 24 de mayo de 2018, quedando agotada la reclamación administrativa.

La aquo absolvió a la demandada de todas y cada una de las súplicas elevadas en su contra, teniendo en cuenta que conforme con el material



probatorio allegado a las diligencias, se advertía que el demandante no era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez, que no contaba con 40 años de edad, ni 750 semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, advirtiendo que si bien se solicitó la declaratoria de mora respecto de algunos períodos, también lo es, que no se demostraron las relaciones laborales deprecadas y que incluso de tenerse en cuenta las mismas, no completarían los 15 años de servicio exigido.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se accedan a las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto se acreditaron las 750 semanas al momento en que se expidió el A.L. 01 de 2005, ya que conforme con las semanas que reposan en la historia laboral, más las 102 laboradas como empleado público y las 118 dejadas de cotizar por sus empleadores, arrojarían dicha densidad que permite aplicar la norma más favorable, haciéndolo beneficiario del régimen de transición, por lo que se debe estudiar la prestación bajo la perspectiva del Acuerdo 049 de 1990. Así mismo, adujo que no se encuentra conforme con la condena en costas, pues las pretensiones se elevaron de buena fe al contar el actor con una edad de 66 años y haber terminado su vida productiva, en procura del amparo de un derecho fundamental en su favor, por lo que no es procedente la condena impuesta.

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

CONSIDERACIONES



Teniendo en cuenta que la parte demandante peticiona el reconocimiento de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, previo el cómputo de las cotizaciones que no se efectuaron por los empleadores Transporte Ejecutivo del Llano Ltda y Cootransmeta; el problema jurídico a resolver en esta instancia, se circunscribe en determinar si en efecto el demandante es beneficiario del régimen de transición contenido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por ello es posible conceder la pensión, para lo cual, se deberá tener en cuenta la posible existencia de mora patronal en el pago aportes, así como, la inactividad de las obligaciones de cobro coactivo por parte de Colpensiones.

Así las cosas, frente al derecho pensional cumple recordar que la Ley 100 de 1993, estableció en su artículo 36 un beneficio, en virtud del cual, los afiliados del régimen de prima media, que al momento de su entrada en vigencia estuvieran próximos a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, pudieran pensionarse de conformidad con el régimen anterior al cual se encuentran afiliados, por resultarles más favorable. De manera que para ser beneficiario de dicho régimen y así quedar exento de la aplicación de la Ley 100 de 1993 en lo referente a la edad, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de vejez, se requiere cumplir de manera disyuntiva el requisito de edad <<40 años para el caso de los hombres>> o el de tiempo de servicios cotizados <<15 años de servicios o cotizaciones>>.

Aunado a lo anterior, se debe tener en cuenta que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso que el régimen de transición estaría vigente hasta el 31 de julio de 2010, a efectos de proteger las expectativas legítimas de quienes estuvieran próximos a pensionarse. Sin embargo, estableció que quienes cumplieran con los requisitos para beneficiarse del régimen de



transición de la Ley 100 de 1993, y que al momento de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (29 de julio de 2005), tuvieran cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios, tendrían derecho a beneficiarse de dicho régimen hasta el año 2014. Por esta razón, si quien reclama el reconocimiento pensional se encuentra cobijado por el régimen de transición contemplado en la Ley 100 de 1993, en primer lugar debe demostrar que alcanzó el derecho pensional al 31 de julio de 2010, sino lo logra acreditar para esa fecha, le queda la opción de haber efectuado cotizaciones por 750 semanas o más para el momento en que el referido Acto Legislativo entró a regir, es decir, hasta el 25 de julio de 2005, con el fin de que la protección se le extienda hasta el año 2014 y, si finalmente no logra demostrar que la prestación pensional la alcanzó en esa última data, el derecho se debe estudiar con el régimen legal contenido en la Ley 797 de 2003.

En el asunto, acorde con la fotocopia de la cédula de ciudadanía que reposa en el expediente administrativo, se puede establecer que el demandante, al 1º de abril de 1994, tenía cumplidos 38 años de edad, pues nació el 14 de julio de 1955, por lo que el señor Manuel Antonio Bustos Álvarez, por la edad no es beneficiario del régimen de transición.

No obstante, se debe proceder con el estudio de las semanas cotizadas al 1º de abril de 1994, encontrándose que el actor cotizó al entonces Instituto de los Seguros Sociales un total de 143.56 semanas y si bien no se aportó certificado de tiempos públicos laborados, se encuentra que en los actos administrativos que negaron el derecho pensional, se incluyó un tiempo servido al Ministerio de Defensa por el tiempo comprendido entre el 2 de noviembre de 1976 y el 30 de octubre de 1978, los que deberán ser tenidos en cuenta, arrojando un total de 102.71 semanas, las que una vez computadas con las cotizadas al ISS se estiman en un total de 246.27



semanas cotizadas al 1° de abril de 1994, por lo que tampoco sería beneficiario del régimen de transición por el tiempo cotizado.

Sin embargo, como se reclama la falta de pago de aportes por sus empleadores, se debe entrar en dicho estudio, para lo cual es necesario efectuar distinción entre la mora patronal y la falta de afiliación al Sistema General de Pensiones, ya que el primero de los mencionados se produce cuando el empleador realiza la afiliación al Sistema General de Pensiones, pero no realiza los aportes mensuales en favor de sus trabajadores, momento en el cual la administradora de pensiones ya sea del sector público o privado, queda habilitada para realizar las gestiones tendientes a obtener el cobro de los mismos, mientras que en el segundo supuesto, no existe comunicación o documento alguno que pueda determinar la existencia del vínculo laboral, pues no se genera la afiliación y por tanto la AFP, se encuentra en imposibilidad de ejercer cobro alguno respecto de los aportes.

Lo anterior, ha sido señalado de forma reiterada por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, como en la sentencia con radicado No. 87974 del 11 de agosto de 2021, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que se señaló:

“Precisamente al estudiar asuntos similares a este, en sentencias CSJ SL1506-2021 y CSJ SL5058-2020, la Sala señaló:

En el caso de la no afiliación, la Corporación enseña que esta circunstancia no puede equipararse a la mora, pues no resulta comparable la situación del empleador que afilia a sus trabajadores e incumple el pago de algunos periodos con quien no comunica su ingreso al sistema, ya que el empleador debe asumir el pago de las prestaciones que le hubieran correspondido a las administradoras en caso de afiliación. Este último aspecto ha sido morigerado



y actualmente, entre otras razones, con motivo de la entrada en vigencia del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de ese mismo año, se admite la inclusión de estos tiempos pese a no existir afiliación, siempre que se traslade el cálculo actuarial que los represente, en cuyo caso el sistema debe asumir el pago de la prestación y, además, se reúnan los requisitos mínimos exigidos para la correspondiente prestación.

Entonces, tal como lo mencionó el tribunal, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema, debe mediar el incumplimiento de una determinada prestación adquirida en virtud del formulario de afiliación del trabajador o de novedad de vinculación laboral; asunto que si bien no exonera de responsabilidad al dador del empleo, sí impide que se establezca su condición de deudor moroso del sistema. En ese sentido resulta pertinente reiterar lo enseñado por la Corte en sentencias CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 37555 y CSJ SL, 9 sep. 2009, rad. 35211.

En consecuencia, no se puede endilgar a la administradora la obligación de efectuar el cobro de los aportes, toda vez que para que exista mora del empleador con el sistema primero debe reportarse la afiliación del trabajador y un incumplimiento en el pago de la cotización. Ello es así, porque el deber de efectuar cotizaciones nace a partir de la relación de trabajo, la cual se pone en conocimiento del sistema de seguridad social mediante el formulario de afiliación del trabajador o de la novedad de vinculación laboral; de manera que al omitirse esta, no es posible que la administradora establezca la condición de deudor moroso del sistema.

Lo anterior, de ninguna manera significa que el empleador quede liberado de su obligación o que los periodos laborados y carentes de cotización no deban contabilizarse para efectos pensionales; por el contrario, ese tiempo debe computarse en los términos previstos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entre estos, el Decreto 1887 de 1994, para lo cual el empleador deberá pagar el cálculo actuarial a la administradora de pensiones, representado por un bono o título pensional; sin embargo, en el presente asunto ello no resulta viable comoquiera que los presuntos

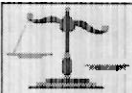


responsables no fueron convocados a juicio, lo que impide emitir una condena en su contra, como en efecto lo estimó el ad quem (CSJ SL4021-2019, SL3055-2019 y CSJ SL837-2020).".

Teniendo claridad en lo anterior, el actor solicita se tenga en cuenta los aportes dejados de efectuar por parte de la sociedad Cootransmeta referente a los períodos del mes de enero de 1996, octubre, noviembre y diciembre de 1997, así como, respecto de su empleadora Transporte Ejecutivo del Llano de los aportes dejados de efectuar en las mensualidades de enero y febrero de 1998, julio, agosto y septiembre de 1999, junio, julio, agosto, septiembre y diciembre de 2002, enero a diciembre de 2003 y enero, febrero y marzo de 2004.

Así las cosas, una vez cotejada la historia laboral del actor que fuere aportada por Colpensiones, se advierte que respecto del empleador Cootransmeta no se presenta la figura de la mora en el pago de los aportes y por tanto no era obligación de Colpensiones proceder con el cobro de los mismos, teniendo en cuenta que para la cotización del mes de enero de 1996, se presentó novedad de retiro por dicha sociedad en el mes de diciembre de 1995, situación que ocurre de forma semejante respecto de las mensualidades de octubre, noviembre y diciembre de 1997, pues se allegó la misma novedad el 1º de octubre de 1997, situación que le impedía a la Administradora Colombiana de Pensiones tener conocimiento de la relación laboral que ostentaba el actor con dicha empresa, no obstante, el señor Bustos Álvarez podrá iniciar las acciones tendientes a obtener el pago de las mensualidades que echa de menos.

Situación similar ocurre respecto de la persona jurídica Transporte Ejecutivo del Llano Ltda., por los aportes concernientes a los meses de junio a diciembre de 2002, la calenda íntegra del año 2003 y las

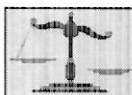


mensualidades de enero, febrero y marzo de 2004, pues se advierte que dicha sociedad presentó novedad de retiro en el mes de mayo de 2002, lo que impide el cobro de tales dineros, pero los que en todo caso pueden tenerse en cuenta en la presente decisión, de conformidad con la certificación emitida por la empresa de fecha 6 de febrero de 2002, en la que consta que el demandante labora al servicio de la empresa por espacio de 16 años como conductor¹; y ya, respecto de los meses de enero y febrero de 1998 se advierte que no media afiliación y por tanto se dificulta su computación en la historia laboral, no obstante, las mensualidades de julio, agosto y septiembre de 1999, sí se deben tener en cuenta, pues lo que se advierte una vez verificadas las observaciones de la historia laboral, es que se enuncia en las dos primeras *“Pago aplicado a periodos anteriores”*, por lo que bajo tal perspectiva es Colpensiones quien debe realizar las acciones de cobro respectivas frente a los aportes dejados de realizar.

No obstante lo anterior, tales períodos solo pueden ser tenidos en cuenta con posterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, pues se reclaman con posterioridad al mes de enero de 1996, siendo el 1º de abril de 1994, la fecha máxima para acreditar la densidad de semanas necesarias para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que se reitera, el señor Manuel Antonio Bustos Álvarez en ningún momento fue beneficiario del régimen de transición.

Ahora bien, lo que se evidencia en las presentes diligencias, es una interpretación indebida al A.L. 01 de 2005, pues el mismo puso fin al régimen de transición y si bien lo extendió más allá del 31 de julio de 2010, hasta el año 2014, era para quienes acreditaban alguno de los requisitos establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al 1º de

¹ Cfr. FI 15 Expediente Digital.



abril de 1994, por lo que se ha de mantener la decisión absolutoria impartida por la falladora de primer grado en tal sentido.

Ahora bien, frente al posible derecho pensional consagrado en la Ley 797 de 2003, la misma establece que para el reconocimiento de la pensión de vejez se requiere que el afiliado hubiese cotizado un total de 1300 semanas cotizadas en su vida laboral y 62 años de edad.

Al respecto, se encuentra que en efecto el demandante acredita la edad necesaria para el reconocimiento del derecho pensional, pero no así, la densidad de semanas necesarias para tal fin, pues incluso de tenerse en cuenta la totalidad de períodos ya indicados en la presente sentencia, el señor Bustos Álvarez solamente acreditaría un total de 1.224,84 semanas en su vida laboral, por lo que tampoco se puede reconocer la prestación por tal compendio normativo.

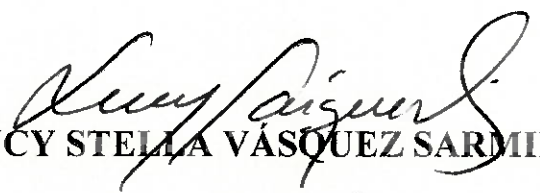
Finalmente, no es posible acoger el dicho de la parte actora referente a la absolución de las costas de primer grado, bajo el sustento que las peticiones elevadas se solicitan de buena fe y con el fin de garantizar un derecho fundamental del actor, teniendo en cuenta que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que el artículo 365 del C.G.P. impone tal carga procesal en cabeza de la parte que resulta derrotada en el proceso, situación que se presenta en el caso bajo estudio, pues se absolvió de las pretensiones de la demanda; por lo que se confirmará la decisión de primer grado en su integridad.

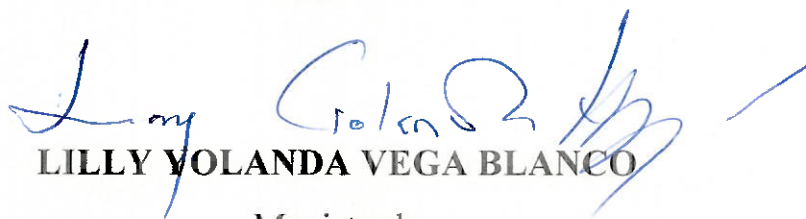
Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en esta instancia.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SIN COSTAS** en esta instancia y las de primera estarán a cargo de la parte actora. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2021-00135-01. Proceso Ordinario de Laura Esther Rojas Martínez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de diciembre de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada a la AFP Colfondos S.A. el 23 de febrero de 2005 y se ordene a trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de administración y demás frutos conforme lo establece el artículo 1746 del C.C. y a la última entidad, a registrarlo como afiliada en el RPM y las costas del proceso.



Como sustento de sus pretensiones afirmó la demandante, que nació el 11 de noviembre de 1971, por lo que al momento de radicar la demanda contaba con 49 años de edad; que empezó su vida laboral como docente en el mes de febrero de 2005, afiliándose a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías el 23 de febrero de 2005; que debido a la visita de los asesores de la AFP a la Universidad del César, se le indicó que si mejor opción era afiliarse a la misma, sin que se le informara las implicaciones, tales como la naturaleza del régimen de capitalización, la opción de retracto o que podía trasladarse cuando le faltaran más de 10 años, sin advertir las desventajas de la afiliación, tales como que para obtener el monto de la pensión era indispensable saber la edad y el grupo familiar del afiliado, el capital acumulado y la tasa de rentabilidad en el fondo de retiro programado a largo plazo; que Colfondos tenía conocimiento del salario promedio y el número de semanas cotizadas, ni se le brindó la asesoría profesional al momento de su afiliación, ni en su permanencia, referente; que elevó solicitud de afiliación ante Colpensiones el 23 de febrero de 2021, la que fue denegada por la entidad el 24 del mismo mes y año, bajo el sustento que tal actuación debería realizarse en el fondo que se encontraba afiliada.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a la demandante. Lo anterior, por cuanto consideró que no es procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, como quiera que la demandante en ningún momento registro afiliación en el RPM, sino que por el contrario, fue directa en el RAIS, por lo que no era posible aplicar la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

Inconforme con la anterior determinación, la parte demandante interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su lugar se concedan las súplicas de la demanda, al considerar que quedaron probados todos los hechos y pretensiones de la demanda, pues se acreditó



que Colfondos S.A. nunca le informó a la demandante de los beneficios que podían existir en cada uno de los regímenes pensionales, así como que la AFP no le informó previo a la afiliación las implicaciones del mismo, aunado con que Colfondos no le informó, ni orientó su afiliación de un régimen o de otro, ni se le informó que con la expedición de la Ley 797 de 2003 que podía trasladarse cuando le faltaren 10 años, ni se le realizaron cálculos o proyecciones pensionales, las ventajas de afiliarse al RPM, por lo que su mesada pensional dependía del IBL de sus últimos 10 años, tampoco recibió asesoría pensional durante la afiliación en el RAIS, aunado, con que fue el empleador quien le dio como única opción de pensión dicha administradora privada, que la pensión en el RPM se otorgaba con el número de semanas cotizadas, por lo que ante el engaño, se solicitó ante Colpensiones la afiliación en el régimen pensional. Aunado a lo anterior, con la sentencia SL 4301 de 2021 radicado 85202, se establece que la falta de información es la exclusión de la afiliación o el traslado, sancionándose con la ineficacia del acto, que no es otro, que ante la falta de información se sanciona tal conducta.

CONSIDERACIONES

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

No obstante, previo a entrar en el objeto de litigio, se hace necesario precisar que si bien el fallador de primer grado adujo que en las presentes diligencias se solicitaba la ineficacia del traslado efectuado al RAIS, administrado por Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y conforme con los lineamientos de interpretación ya establecidos por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se llega a conclusión diferente a la sostenida por el aquo,



en el entendido que la demandante en la pretensión primera solicitó “*Declarar la ineficacia de la afiliación*”, de lo que se concluye que su inconformidad era respecto de la afiliación realizada al RAIS, más no, frente a un traslado, situación, que incluso fue debatida por la administradora de pensiones, quien se opuso a la pretensión primera, así:

“... por lo tanto la decisión de vinculación inicial fue al RAIS. De otra parte los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su vinculación inicial, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional.”.

De acuerdo con lo anterior, se advierte que no solamente se solicitó la declaratoria de nulidad de la afiliación al RAIS, sino que además, tal situación fue controvertida por la parte interesada, que no es otra que Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, por lo que es pertinente el estudio aducido por la parte actora, en tal sentido, situación que incluso también es abordada por Colpensiones en su contestación, en la que indican que no se encuentra acreditados los vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni tampoco la falta al deber de información al momento de la afiliación.

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



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

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia con radicado SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

¹ "En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

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

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

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

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



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

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, debió consignar en el formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.



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

Ahora bien, considera la Sala igualmente oportuno señalar, que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, motivo por el que se ha de declarar la ineficacia del traslado.

Por consiguiente, la Sala declara la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

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



mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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

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

Aunado a lo anterior, debe indicarse que si bien es cierto tal como lo señaló el fallador de primer grado, la demandante en ningún momento estuvo afiliada en el RPM, también lo es, que en todo caso la ineficacia del traslado sí sería procedente, pues de acuerdo con el Sistema General de Pensiones, solo es posible encontrarse en uno de los dos regímenes pensionales, por lo que al no desear estar la afiliada en uno de ellos, de forma obligatoria debería ser trasladado al otro.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de ambas instancia únicamente a cargo de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: REVOCAR** la Sentencia de primer grado para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado efectuado por la demandante Laura Esther Rojas Martínez al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, celebrada con Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: ORDENAR** a la Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, realizar el traslado del régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, del valor de saldos, aportes, rendimientos y gastos de administración, que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la historia laboral de COLPENSIONES. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante y a recibir el monto de aportes, saldos y rendimientos ordenados en el numeral anterior, activando la historia laboral en tal régimen. **CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los

perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **QUINTO. COSTAS** de ambas instancias a cargo únicamente de la encartada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; para su tasación inclúyanse como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**



LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Shirley de la Cruz*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-010-2019-00691-01. Proceso Ordinario de María Constanza Escobedo Sicard contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recursos de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 10º Laboral del Circuito de Bogotá, el 1º de diciembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado a Porvenir S.A. de fecha 1º de mayo de 1994 y como consecuencia de lo anterior, se ordene trasladar a Colpensiones todas las sumas de dinero, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, junto con sus frutos e intereses y cuotas de administración, de conformidad con lo establecido en



el artículo 1746 del C.C., teniéndola como válidamente afiliada a Colpensiones y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 9 de octubre de 1962 y por tanto al momento de radicar la demanda contaba con 56 años de edad; que empezó su vida laboral en el mes de julio de 1989 y estuvo afiliada al ISS hasta el mes de mayo de 1994, donde cotizó 196 semanas; que Porvenir S.A. le informó en las instalaciones de su empleador Petrolcarbon Equipment Divi, que el ISS iba ser liquidado e intervenido por el Estado, por lo que sus aportes estarían en riesgo, no obstante, no le informó las implicaciones del traslado, ni las desventajas del RAIS, el derecho de retracto, ni que podía trasladarse cuando le faltaren menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, no le efectuó cuadros comparativos de pensión entre los regímenes pensionales, pese a que la AFP sabía el salario de cotización y la densidad de semanas cotizadas, sin recibir durante su afiliación ninguna clase de asesoría profesional; tampoco se le informó que de la edad de pensión y la forma como estaba integrado su grupo familiar dependería el derecho pensional, el capital necesario o la tasa de rentabilidad; que la acora decidió contratar asesoría para que se le indicara el monto de su mesada pensional en Porvenir, obteniendo la suma de \$1.331.863, con un tasa de reemplazo del 68.83%; que se acercó a Porvenir para obtener información de su derecho pensional, en donde le informaron que a la edad de 57 años, la prestación ascendería al monto de \$828.116, siendo evidente la diferencia entre las mesadas; que solicitó activación de la afiliación ante Colpensiones el 27 de septiembre de 2019, la que fue negada el 30 del mismo mes y año; que Porvenir al momento del traslado no cumplió con las obligaciones contenidas en los Decretos 663 de 1993 y 656 de 1994.



Frente a dichas súplicas, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar los aportes pensionales, frutos e intereses conforme lo dispone el artículo 1746 del C.C., junto con los rendimientos financieros, la devolución de cuotas y gastos de administración debidamente indexados, pago que debería realizarse dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia y a Colpensiones, a recibir dichos valores e imputarlos en la historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión proferida y en su lugar, se absuelva de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto con la declaratoria de ineficacia se afecta la sostenibilidad financiera del sistema y la confianza legítima, que se encuentra enmarcada en el formulario de afiliación del año 1994, el que es desconocido pese haber sido suscrito por la actora, más aún, cuando la demandante nunca presentó tacha de falsedad alguna y el documento cumplía con los requisitos de la época, en el momento en que se solicitaba la afiliación o traslado, y en la actualidad se solicitan otras pruebas diferentes, tales como documentales, que para la época no eran necesarios y que se plasmaron en el año 2008 y se establecieron de forma definitiva en el Decreto 2014. Así mismo, refiere que si bien la encartada tenía obligaciones como fondo de la demandante, la misma tenía obligaciones conforme al Decreto 2555 de 2010, por ser un



consumidor financiero, norma que impone verificar la información que estaba suscribiendo, que no era otra que la contenida en el formulario de afiliación, actos que no se dieron por la demandante, ni usó los canales de comunicación, enfatizando, que la AFP siempre ha buscado que la afiliada esté informada, mediante los extractos que según la actora se generan de forma periódica, junto con los rendimientos y valores que han sido aportados. Así mismo, refiere que con la declaratoria de ineficacia se está desconociendo la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, que fue impuesta por el legislador para mantener una sostenibilidad en el sistema y bajo ello, la parte actora tenía la posibilidad de realizar un traslado con anterioridad, generándose un retorno a Colpensiones, respecto del cual no se advierte que la AFP haya ido en contra de la libertad de afiliación y aceptación, sin que se pueda dejar de lado que la actora no tenía un derecho pensional consolidado y sin que se pudiera negar la administradora de pensiones en su afiliación conforme con el artículo 112 de la Ley 10 de 1993. En caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia, solicita se revoque lo atinente a la devolución de gastos de administración y comisiones, en el entendido que la demandada actuó de buena fe, se generó la debida administración de la cuenta de ahorro de la actora y la condena de tales preceptos olvida lo establecido por el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del año 2020, que indica que los valores a retornar son los aportes y rendimientos, pero no existe norma específica indique que los gastos de administración deben ser devueltos frente a la declaratoria de ineficacia, además, que los valores están en el artículo 20 y también se descuentan en el RPM, aunado, que con la administración de la demandada por más de 20 años no generó derecho alguno a favor de Colpensiones, existiendo un enriquecimiento sin justa causa en favor de la entidad pública, pues tales conceptos no financian el derecho pensional, además de que los valores se trasladaron a terceros de buena fe mediante las pólizas que cubrían



la cuenta de ahorro, y en todo caso, se debe aplicar la figura de la prescripción, pues los mismos no están inmersas en la mesada pensional.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

CONSIDERACIONES

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

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



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que

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

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

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

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

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

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

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

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



se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

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

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



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

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

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

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos



de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por Colpensiones enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, toda vez, que del monto total de la cotización se incluyen los valores de dichos conceptos, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

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



devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, los que deberán ser indexados al momento de su pago, teniendo en cuenta que con el transcurso del tiempo se genera la pérdida del valor adquisitivo de la moneda.

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

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración y los seguros previsionales se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación de la actora en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos, de lo que no se puede concluir un enriquecimiento sin justa causa por parte de la entidad pública.



En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por la administradora privada, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que la administradora de pensiones privada se quedase con alguno de ellos.

Frente al argumento que la señora Escobedo Sicard tenía obligaciones al ser consumidora financiera, orientados a que debía informarse respecto de los efectos del traslado de régimen pensional, se advierte, que si bien tal afirmación es cierta, también lo es, que al afiliado solo le interesa obtener su derecho pensional, no obstante, quien tiene el conocimiento y experticia suficiente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es la administradora de pensiones, quien debe brindar el debido consejo a sus afiliados al momento de efectuarse el acto jurídico de traslado.

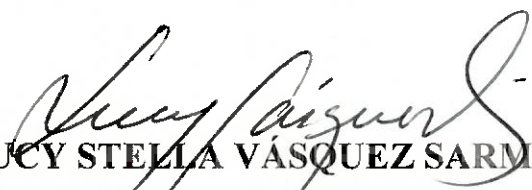
Finalmente, en lo concerniente con la obligación de afiliación que adujo la encartada respecto de la afiliación, es necesario reiterar, que en efecto tal presupuesto se encuentra consagrado en la norma, debe precisarse que la propia jurisprudencia del Máximo Órgano de cierre en materia laboral, ha indicado, que se debe desincentivar a afiliación de personas a las que les conviene más el RPM, situación que no fue acreditada por la pasiva en el caso bajo estudio.

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



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de ambas instancias cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
 Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
 Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
 Magistrado *Se acordó por el*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 110-001-31-05 009 2016 00072 02. Proceso Ordinario de Piedad Enith Meneses Palacios contra Porvenir S.A. y otra (Apelación de Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de septiembre de 2020.

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

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que es la única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causado con ocasión al fallecimiento de Florencio Palacios Mosquera; se condene la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones



y Cesantías Porvenir S.A al reconocimiento y pago de la misma a partir del 27 de enero de 2015, junto con los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y los rendimientos, intereses o indexaciones sobre los valores de la condena.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que el señor Florencio Palacios Mosquera falleció el 27 de enero de 2015 y en razón a ello, el 25 de mayo de la misma anualidad, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia ante la entidad demandada, derecho que le fue negado el día 6 de agosto de 2015, bajo el argumento de que Miriam Mena Palacios en calidad de compañera permanente solicitó el mismo derecho pensional.

Adujo que a principio del mes de septiembre del año 2008 inició una relación sentimental con el causante, la cual dio lugar posteriormente a una convivencia en condición de compañeros permanentes desde el 20 de enero de 2009 hasta la fecha en aquél falleció, en virtud de la cual compartieron techo, lecho y mesa, forjando una comunidad de vida permanente y singular.

Una vez notificada, la entidad demandada dio respuesta al acto en oposición a las pretensiones¹, al considerar que si bien no había discusión acerca de la causación del derecho pensional reclamado se vio obligada a dejar en suspenso el reconocimiento de la prestación deprecada, porque se presentaron a reclamar en condición de compañeras permanentes la demandante y la señora Miriam Mena Palacios. Propuso en su defensa las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe de Porvenir S.A. y prescripción.

Mediante providencia del 9 de mayo de 2017² se dispuso la vinculación al proceso en condición de litisconsorte necesario de Anderson Andrés

¹ Cfr fl 154 y ss

² Cfr fl 183



Palacios Moreno, quien en respuesta a la demanda manifestó no oponerse al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia a favor de la accionante en un 50% y solicitó el reconocimiento y pago del 50% restante.

En proveído del 23 de agosto de 2017 se designó curador ad litem a la demandada Miriam Mena Palacio, quien al dar respuesta a la demanda refirió no oponerse a las pretensiones, siempre que supere los derechos de su representada. Y no propuso excepciones de mérito al considerar que no encontró razón fáctica o jurídica para ello.

La *aquo* profirió sentencia en la que condenó a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la pensión de sobrevivencia a favor de la demandante y de Anderson Andrés Palacios Moreno en calidad de compañera permanente e hijo del causante respectivamente, del 27 de enero de 2015 al 2 de mayo de 2015, y a partir de ese momento dispuso el reconocimiento del referido derecho pensional exclusivamente a favor de la demandante. Así mismo ordenó la entrega del título de depósito judicial constituido por el valor de las cesantías, a favor de la demandante y del señor Palacios Moreno, sin perjuicio de la obligación de responder ante terceros beneficiarios.

Con tal propósito consideró en esencia de un lado que el afiliado Florencio Palacios Mosquera dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivencia al acumular un total de 158,73 semanas dentro de los 3 años anteriores a su muerte; y de otro, que la demandante y el litisconsorte necesario acreditaron la condición de beneficiarios del referido derecho pensional en condición de compañera permanente e hijo respectivamente.

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A interpuso recurso de apelación.



FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita la recurrente se revoque la decisión de primer grado en relación con la indexación de las sumas adeudadas, para lo cual aduce en esencia que dicha medida se produce por el transcurso del tiempo en el reconocimiento del derecho pensional y que en el asunto el motivo por el que su representada dejó en suspenso el derecho fue porque no podía resolver el conflicto de beneficiarios, lo que a su juicio denota que el pago indexado de las sumas adeudadas se impone como sanción.

Solicita se tenga en cuenta en el mismo sentido que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 al establecer la forma como debe determinarse el ingreso base de liquidación dispone la actualización de acuerdo con la variación del IPC certificado por el Dane, de manera que lleva implícito su propio mecanismo de indexación.

De otra parte, solicita se revoque la condena en costas que le fue impuesta a su representada, en la medida que ésta no fue quien motivó el inicio del presente proceso y porque las razones por las que se dejó en suspenso se encuentran ajustadas a la ley.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Precisa la Sala que si bien la decisión de primera instancia resulta adversa a los intereses de la demandada Miriam Mena Palacios, en la medida que ésta no efectuó intervención ad excludendum bajo tal perspectiva a juicio de la Sala no se cumplen los supuestos previstos en el artículo 69 del C.P.T. y S.S..



CONSIDERACIONES:

En virtud del recurso de apelación interpuesto, al tenor de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala se circunscribirá a determinar si es procedente ordenar el pago indexado de las sumas adeudadas, así como la condena en costas impuesta en contra de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que no es objeto de discusión entre las partes que con ocasión al fallecimiento del afiliado Florencio Palacios Mosquera se causó la pensión de sobrevivencia reclamada y que la demandante y el vinculado en condición de litisconsorte necesario, ostentan la condición de beneficiarios en calidad de compañera permanente e hijo respectivamente; así como tampoco la fecha y el monto en que el mismo debe ser reconocido.

En tal sentido, en lo que respecta a los motivos de inconformidad expuestos en relación con la indexación de las sumas adeudadas conviene a la Sala señalar en primer término que la indexación de sumas de dinero se ha erigido como una forma de contrarrestar los efectos negativos que tiene la devaluación de la moneda, mediante su adecuación o actualización de acuerdo con las variaciones que tienen los precios; para que su acreedor, que en este caso son las personas a quienes se reconoce la pensión de sobrevivencia, le sea reconocida la prestación de acuerdo con su verdadero valor, ello en consideración a que las sumas reconocidas en su favor ve disminuido su poder adquisitivo dados los efectos que sobre la misma ejerce el fenómeno inflacionario propio de una economía de mercado, generado por el tiempo que transcurre entre la fecha de causación del derecho y aquella en que se reconoce la prestación.



Al respecto la Corte Constitucional en sentencia C- 862 de 2006 con ponencia del H. Magistrado Humberto Sierra Porto, frente a la definición de la indexación se señaló:

"La indexación ha sido definida como un "sistema que consiste en la adecuación automática de las magnitudes monetarias a las variaciones del nivel de precios, con el fin de mantener constante, el valor real de éstos, para lo cual se utilizan diversos parámetros que solos o combinados entre si, suelen ser: el aumento del costo de la vida, el nivel de aumento de precios mayoristas, los salarios de los trabajadores, los precios de productos alimenticios de primera necesidad, etc."

La indexación persigue entonces mantener el valor originario del crédito dinerario, mediante el empleo de pautas preestablecidas, aplicables a todas las obligaciones dinerarias que se especifican. Mediante este procedimiento de ajuste periódico y automático se pueden actualizar salarios, rentas, ahorros, impuestos y en general todas aquellas prestaciones originadas en obligaciones que se prolongan en el tiempo."

Bajo tal perspectiva no es de recibo el argumento que expone la recurrente, pues contrario a lo que sucede con el reconocimiento de intereses moratorios, la indexación no es una sanción, sino, se reitera la actualización de las sumas adeudadas, pues de ordenarse el reconocimiento de las sumas adeudadas en el mismo monto en que se causaron hace más de 6 años, implícitamente se estaría ordenando el pago de una suma inferior como consecuencia del ya aludido fenómeno inflacionario.

Ahora bien, aun cuando en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base de liquidación con el que se determina el monto de la prestación prevé la actualización del ingreso base sobre el que se efectúan las cotizaciones; ello no genera incompatibilidad para ordenar la indexación de las mesadas pensionales adeudadas.



Lo anterior se afirma en tanto que mientras la actualización de los salarios prevista en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 se determina a la fecha a partir de la cual se reconoce el derecho pensional, que en el caso bajo estudio lo fue en el año 2015; la indexación de las mesadas causadas tiene por objeto actualizar el valor que genera cada mesada entre la fecha en que se causa y aquella en la que se hará efectivo el pago. El anterior criterio se acompasa con lo señalado por la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en la sentencia SL5045-2018, cuando indicó:

“[...] existen dos clases de indexación que pueden exigirse en un proceso judicial (ver sentencias CSJ SL, 12 sep. 2006, rad. 28257, reiterada en decisiones SL11762-2014 y SL7890-2015) «(...) una relativa a la actualización o ajuste del ingreso base para liquidar la pensión (IBL), también denominada indexación de la primera mesada pensional; y otra atinente a la indexación de las sumas adeudadas por mesadas o diferencias pensionales que no fueron sufragadas en su oportunidad, y que debió haberse hecho en forma periódica»; que estas dos categorías de indexación son diferentes e independientes, pues versan sobre conceptos o acreencias diversas y, por lo mismo, tienen efectos y alcances distintos, pues una, se itera, pretende actualizar monetariamente la base salarial con la que se va a liquidar el derecho pensional y otra busca actualizar el valor de unas mesadas pensionales que, aunque se causaron, no se pagaron oportunamente.”

En tal sentido, se confirmará la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado en torno a la indexación de las mesadas adeudadas.

Ahora, frente a los motivos de inconformidad expuestos en relación con la condena en costas, advierte la Sala que la razón se encuentra de parte de la recurrente, pues a pesar de que su representada fue condenada al reconocimiento de la pensión de sobrevivencia reclamada, actuó conforme se lo imponía el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 cuando existe discusión frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes entre compañeras



permanentes; razón por la que se revocará la condena que por dicho concepto le fue impuesta.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin costas en la alzada ante la prosperidad parcial del recurso.

DECISIÓN:

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

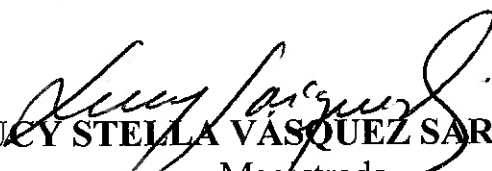
RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia recurrida, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de la condena en costas impuesta en su contra.

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO.- COSTAS Sin lugar a su imposición en las instancias, conforme se expuso en la parte motiva de la presente decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

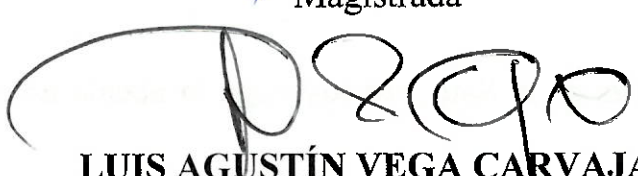

LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-001-31-05-009-2016-00072-02. Proceso Ordinario de Piedad
Enith Meneses Palacios contra Porvenir S.A (Apelación de Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

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

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 020 2019 00624 01. Proceso Ordinario Omar Martín Correal contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la anulación por ineficacia de su afiliación y traslado al régimen de ahorro individual, ante la omisión del deber de información por parte de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías; se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones como si nunca se hubiera trasladado de dicho régimen en virtud del principio de favorabilidad, así como la devolución por parte de Colfondos S.A. a Colpensiones de todos los dineros que recibió con



motivo de su afiliación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieran causado, los gastos de administración o cualquier otro; y que se condene a Colfondos S.A., en caso de que al momento de proferirse la sentencia se hubiere otorgado previamente la pensión, a continuar pagándola hasta cuando se produzca el traslado de los recursos a Colpensiones y sea incluida en nómina de pensionados por parte de ésta.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 27 de septiembre de 1985 y que como consecuencia de la publicidad y gestión por parte de los fondos privados de pensiones se trasladó de régimen pensional el 23 de octubre de 1998 con Colfondos S.A.

Indicó que el momento del traslado el promotor de Colfondos S.A. se limitó a llenar un formato preestablecido por el mismo para la afiliación sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS versus las consecuencias de abandonar el régimen a que se encontraba afiliada.

Afirmó que Colfondos S.A. no le entregó proyecciones ni comparativos de lo que sería el valor de su pensión; ni le indicó hasta que edad debía cotizar y con que salarios para obtener una pensión de vejez por lo menos equivalente a la recibiría en el régimen de prima media con prestación definida.

Refirió en el mismo sentido que no se le informó que si quería pensionarse en el fondo privado de pensiones antes de la edad requerida o en forma anticipada debía negociar el bono pensional que entregaba la entidad pública en la que estaba afiliado y que ello implicaba la disminución del valor de su pensión.



Señala que de acuerdo con el estudio comparativo realizado, en el evento de haber continuado cotizando en el régimen de prima media con prestación definida el monto de su pensión a la fecha de cumplimiento de los requisitos sería de aproximadamente \$2'708.099,00; mientras que en el fondo privado sería de \$1'137.583,00

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ sostuvo en esencia que dentro del proceso no obra prueba alguna de que se le hubiera hecho incurrir en error por parte de la AFP o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de descapitalización del sistema de pensiones, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, entre otras.

Colfondos² indicó que el traslado de régimen del demandante se produjo en virtud de su derecho a la libre escogencia de régimen; que es válido en la medida que suministró una asesoría integral respecto de las implicaciones de su traslado y que de la suscripción del formulario de afiliación por parte del demandante se advierte que su consentimiento no estuvo viciado. Propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios del consentimiento, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia de afiliación o traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad el

¹ Cfr fls exp digitalizado archivo "01 2019-624 FL 327"

² Cfr fls 3 y s.s. exp. digitalizado archivo "04 2019 624 ord fl 344-480"



23 de octubre de 1998 a Colfondos S.A., sociedad a la que ordenó devolver la totalidad de los aportes girados a favor del demandante por concepto de cotizaciones junto con los rendimientos financieros causados a Colpensiones junto con los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación el cual fue concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Solicita el recurrente solicita el recurrente se revoque la sentencia de primera instancia, para lo cual solicita se tenga en cuenta que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Sostiene que además no existe prueba que demuestre que estamos en presencia de un vicio de algún vicio del consentimiento en los términos del artículo 1740 del Código Civil, que además tampoco se alegó la rescisión dentro del término establecido en el artículo 1750 de la misma obra y que se está en presencia de una ratificación expresa o tácita que sanea la nulidad.

Finalmente indicó que el deber de información se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y que, en razón a ello los fondos privados cumplen con su obligación con el consentimiento vertido en el formulario.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el



conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

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

CONSIDERACIONES

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

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

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

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

“Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

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

la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

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

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

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



brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, por el tipo de responsabilidad que se le endilga a las administradoras de fondos de pensiones, sobre las que además pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante advertir en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

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

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colfondos S.A. debió ofrecer al demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es



posible advertir que se le hubiere expuesto al demandante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que se precisa, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adocrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Se precisa en este punto, que no es de recibo el argumento que plantea el recurrente relativo a la ratificación de la afiliación del demandante, pues tal como lo ha enseñado la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencias SL5686-2021, SL5688-2021 y SL1055-2022, el acto jurídico ineficaz no puede sanearse como la nulidad, al respecto se adocrinó en la última de las decisiones referidas:



“...los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha el demandante continúa afiliada a la AFP Colfondos S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, motivo por el que se modificará la determinación que acogió sobre el particular el *aquo*.

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

Debe advertirse en todo caso que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione



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

Ahora en relación con la condena en costas en contra de Colpensiones, debe advertirse que en tanto el objeto del presente proceso es la declaratoria de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual del demandante, y que dicha entidad no participó en el acto jurídico cuestionado, sino que su intervención se hace necesaria en la medida que es el accionante quien solicita su vinculación a la misma con ocasión a la anterior declaración; a juicio de esta Sala no puede considerársele sustancialmente como parte vencida y por ende tampoco resulta procedente imponerle condena en costas en los términos del artículo 366 del C.G.P., razón por la que se revocará la determinación que sobre el particular acogió el servidor judicial de primer grado.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

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



RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, a efectos de **CONDENAR** a la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado.

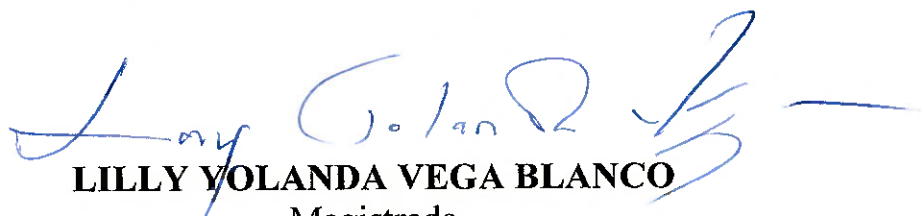
SEGUNDO.- ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado 20 Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

CUARTO.- COSTAS de primer grado a cargo exclusivamente a cargo de la demandada Colfondos y sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11001-31-05 020 2019 00624 01. Proceso Ordinario Omar Martín Correal contra Colpensiones y otra (Apelación Sentencia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Edno de la
procuraduría*



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

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

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

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 032 2018 00556-01. Proceso ordinario de Onofre García Fandiño contra Construeléctricos José H SAS (Consulta Sentencia)

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá en la que, para lo que interesa al estudio, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, su reincorporación a las labores con la demandada y como consecuencia de ello se ordene a la demandada el pago de los salarios dejados de percibir desde el 30 de marzo de 2018 hasta la fecha en que se



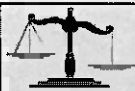
cumpla su reincorporación; así como el pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios respecto de la totalidad de la relación laboral.

En subsidio de la pretensión relativa al reintegro solicita se declare que la terminación del contrato de trabajo a término indefinido se dio por un despido injustificado y como consecuencia de ello se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización correspondiente.

En lo que interesa al asunto como sustento de sus pretensiones afirmó que suscribió contrato de trabajo con la demandada para desempeñar el cargo de Oficial de Urbanismo a partir del 1º de agosto de 2011 y que finalizó el 30 de marzo de 2018, por determinación injustificado de la demandada.

Indicó que desempeñó la labor encomendada de manera personal e ininterrumpida y que el último salario que percibió como contraprestación por sus servicios ascendió a la suma de \$1'200.000,00 , mediante un contrato de trabajo en forma verbal con los demandados el 1º de mayo de 2006, para trabajar en el establecimiento denominado La Ceiba Restaurante, para realizar labores como Mesero, hacer aseo, compras y el pago de recibos.

Afirmó que durante la vigencia de la relación laboral cumplía un horario de lunes a sábado de 7:00 am a 4:30 pm de lunes a sábado, y cuando debía hacer turnos de noche de 6:30 pm a 3:00 am.; y que como contraprestación por sus servicios inicialmente percibió la suma mensual



de \$25.000,00 diarios y para la finalización devengaba \$30.000,00 diarios.

Señaló que el vínculo laboral se mantuvo hasta el 5 de julio de 2012, cuando los demandados tomaron la determinación de finalizarlo en forma unilateral e injustificada, sin que se le cancelaran las acreencias laborales reclamadas.

Finalmente refirió que en los términos del literal b del artículo 7° de la Ley 1276 de 2009, es un adulto mayor y se encuentra en estado de debilidad manifiesta.

Una vez notificada, la demandada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones¹, adujo en su defensa que en su condición de contratista celebró con el demandante múltiples contratos de trabajo a término fijo o por obra o labor contratada, que a la finalización de cada uno de estos canceló las acreencias laborales reclamadas y que el último contrato celebrado finalizó el 30 de marzo de 2018 por la finalización de la obra o labor contratada. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa frente al pago de prestaciones sociales, mala fe de la parte actora, prescripción, entre otras.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas las pretensiones al considerar en esencia que, de un lado no se encontraba acreditados los supuestos para ordenar el reintegro del demandante y de otro, que se estableció dentro del plenario con la documental aportada, así como de las declaraciones de confeso impuesta al accionante, que existieron múltiples

¹ Cfr fl 43 y ss. carpeta proceso digitalizado.



contratos de trabajo a término fijo y por obra o labor frente a los que la demandada canceló todas y cada una de las acreencias laborales a su cargo.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En cuanto la decisión de primer grado fue adversa a los intereses de la trabajadora y no fue impugnada, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.S.T. se dispuso remitir el presente asunto en el grado jurisdiccional de consulta.

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

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala en el grado jurisdiccional de consulta, se contrae a establecer si el demandante en condición de trabajador tiene derecho a ser reintegrado al cargo que desempeñó, así como al reconocimiento de las acreencias laborales deprecadas.

Con tal propósito conviene señalar que no es objeto de discusión entre las partes que el demandante estuvo vinculado laboralmente con la demandada; sin embargo, mientras aquél sostiene que la referida relación estuvo regida por un contrato de trabajo a término indefinido y que finalizó por determinación unilateral e injustificado de la demandada, esta última sostiene que suscribió múltiples contratos por obra o labor y a



término fijo a cuya finalización cumplió con el reconocimiento y pago de las acreencias laborales a su cargo.

En tal sentido, con el propósito de dilucidar tal aspecto, observa la Sala que junto con la demanda se acompañó certificación expedida por el representante legal de la demandada el 4 de abril de 2018², en la que se señala que el accionante estuvo vinculado laboralmente entre el 1º de agosto de 2011 y el 30 de marzo de 2018 mediante contratos de trabajo por obra o labor contratada.

En concordancia con lo anterior, se advierte que en la documental visible a folios 67 a 104 obran 8 contratos de trabajo de los cuales dos fueron a término fijo y los demás por obra o labor determinada; los cuales se celebraron de forma continua e ininterrumpida entre el 1º de agosto de 2011 hasta el 30 de marzo de 2018.

Así mismo, es preciso advertir que el último de los referidos contratos se celebró el 1º de diciembre de 2017 por obra o labor determinada, el cual finalizó por la terminación de la obra el 30 de marzo de 2018, situación de la que por demás da cuenta el deponente Carlos Humberto Coronel Huertas.

De acuerdo con los anteriores supuestos, advierte la Sala en primer término que la pretensión relativa al reintegro o *“reincorporación a las labores”* se plantea en forma genérica y en concreto como es debido, pues no se aduce el supuesto sobre la que ésta se erige; y si bien se indica que el demandante es una persona de la tercera edad en los términos del artículo 7º de la Ley 1276 de 2009; esa condición por sí sola no es



suficiente para ordenar su reintegro, con mayor razón cuando se advierte que el contrato terminó por una causa legal prevista por el Legislador.

Ahora; si bien la Corte Constitucional ha hecho extensivo al sector privado la estabilidad laboral reforzada prevista en el artículo 12 de la Ley 790 de 2002, para determinado grupo de trabajadores que se encuentran próximos a pensionarse; también lo es que en los términos de la sentencia T-357 de 2016, el accionante debía acreditar que le faltaban 3 años o menos para reunir los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización para obtener el disfrute de la pensión de jubilación o vejez; supuestos que no solo no fueron planteados, sino que en todo caso no es posible establecer en el presente asunto.

En tal sentido no es posible acceder al reconocimiento de la pretensión relativa al reintegro del demandante y las demás pretensiones que de dicha orden se desprenden.

En punto al reconocimiento de las pretensiones relativas al reconocimiento y pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y primas de servicios; ningún reproche merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, pues de acuerdo con la documental visible a folios 64 a 104, a la finalización de cada contrato al trabajador se le efectuó el reconocimiento y pago de la correspondiente liquidación.

Así mismo, en lo que respecta al reconocimiento de la indemnización por despido injustificado, no puede salir avante en la medida que conforme se advirtió, dentro del proceso se estableció que el último contrato de trabajo celebrado entre las partes fue de obra o labor y finalizó por la terminación de la obra contratada en los términos del literal d del artículo



61 del C.S.T., luego no hay lugar al reconocimiento y pago de la referida indemnización.

En las condiciones analizadas, no resta a la Sala más que confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado. Costas, sin lugar a su imposición en esta instancia, dado que el conocimiento de la decisión de primera instancia se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

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

RESUELVE:

CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-032-2018-00556-01. Proceso ordinario de Onofre García Fandiño contra Construélectricos José H SAS (Consulta Sentencia)

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado